

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

PEDRO ZANELLA CAÚS

**VIOLAÇÕES DE DOMICÍLIO PRATICADAS POR POLICIAIS NO CONTEXTO DA
POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS:
O TRATAMENTO DADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL À EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL DO FLAGRANTE DELITO**

**Porto Alegre
2016**

PEDRO ZANELLA CAÚS

**VIOLAÇÕES DE DOMICÍLIO PRATICADAS POR POLICIAIS NO CONTEXTO DA
POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS:
O TRATAMENTO DADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL À EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL DO FLAGRANTE DELITO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2016

PEDRO ZANELLA CAÚS

**VIOLAÇÕES DE DOMICÍLIO PRATICADAS POR POLICIAIS NO CONTEXTO DA
POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS:**

**O TRATAMENTO DADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL À EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL DO FLAGRANTE DELITO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: 16 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Professora Ana Paula Motta Costa

Professor Ângelo Roberto Ilha da Silva

AGRADECIMENTOS

Concluir uma etapa é um momento especial, merecendo ser reservado algum espaço ao agradecimento de quem a acompanhou. Todos que dela tiveram parte, por menor que seja, estarão guardados na memória. Cabe, no entanto, lembrar alguns nominalmente, por sua especial importância.

Por todo o amor e o carinho recebidos, agradeço aos meus pais, Olando e Valéria, e às minhas irmãs, Laura e Paula. Sem o seu apoio e companheirismo incondicionais, nem os rabiscos iniciais deste trabalho teriam sido traçados.

Na pessoa da minha amiga Rafaela Magalhães Beck, agradeço às amigas e aos amigos que fiz, com os quais aprendi a partilhar conhecimentos, vivências, aprendizados e, mais que isso, todas as alegrias dessa jornada que se encerra.

Em apartado, faço um agradecimento especial aos queridos professores Diógenes V. Hassan Ribeiro e Felipe Faoro Bertoni. Ao primeiro, pelo aprendizado diário e pela insistência na ideia de que existe apenas uma Constituição, que deve ser cumprida para todos. Ao segundo, pelas críticas feitas ao presente trabalho e pela zelosa revisão. Mais que isso, agradeço ao Felipe por sua amizade essencial e pelo diálogo constante.

Por último, agradeço à minha professora orientadora, Vanessa Chiari Gonçalves, por seu acompanhamento atencioso e seu exemplo na construção de uma teoria crítica ao autoritarismo penal.

Pobre tratado como um cafajeste
Nem sempre polícia aqui respeita alguém
Em casa invade, dá soco e fala baixo ou você sabe
Maldade, uma mentira deles, dez verdades
(Sabotage)

RESUMO

A política criminal de guerra às drogas, baseada em discursos autoritários e maniqueístas, sustenta uma concepção de guerra dentro do paradigma do Estado de Direito. Como uma verdadeira guerra, o inimigo é identificado e a ele não são assegurados os mesmos direitos que possuem os demais cidadãos. A própria ordem jurídica cria um espaço de exceção dentro de si para permitir o combate ao inimigo, existindo uma vinculação subjacente entre esse discurso de emergência e aquele que reconhece determinados indivíduos como subcidadãos. Nesse contexto, a formação social brasileira contribuiu para a identificação do inimigo social e legitimou o desrespeito aos seus direitos fundamentais, especialmente a inviolabilidade do domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição. O anterior entendimento adotado majoritariamente acerca da exceção do flagrante delito permitia a ocorrência de abusos policiais, o que motivou o Supremo Tribunal Federal a superá-lo. A nova interpretação dada ao problema passou a exigir a existência de fundadas razões (justa causa) para legitimar o ingresso dos policiais no domicílio sem autorização judicial para tanto. Conforme o próprio julgamento, o conceito de fundadas razões deve ser preenchido pela jurisprudência, atividade que, no âmbito do TJRS, vem sendo realizada apenas pela Terceira Câmara Criminal. O órgão julgador revisou seu entendimento anterior sobre a violação de domicílio e passou a admitir novas possibilidades de ingresso domiciliar por policiais, o que significa a adoção de um conceito amplo de justa causa.

Palavras-chave: Política criminal Guerra às drogas. Violação de domicílio. Fundadas razões. Jurisprudência.

ABSTRACT

The war on drugs criminal policy, based on authoritarian and dualist discourses, supports a conception of warfare within the Rule of Law background. As a real war, the enemy is identified and for him, there's no guarantee of the same rights conferred for other citizens. The legal order creates a space of exception inside itself to allow the fight against the enemy, prevailing an underlying connection between this emergency speech and the one that recognizes certain individuals as sub-citizens. In this context, the Brazilian social formation contributes to the identification of the social enemy and legitimizes the disrespect of their fundamental rights, especially the inviolability of domicile provided for the article 5, section XI, of the Constitution. The previous understanding mostly adopted on the exception of flagrant crime allowed several cases of police abuse, which led the Supreme Federal Court to overcome it. The new interpretation given to the issue required the existence of well-founded reasons (due cause) to recognize the legitimacy of house entering by policemen without judicial authorization to do so. According to the judgment, the concept of well-founded reasons must be filled by the jurisprudence, activity that is being carried out only by the Third Criminal Chamber, in the scope of TJRS. The chamber reviewed its previous understanding on the breach of domicile issue and began to admit new possibilities of lawful entering by policemen, which means adopting a wider concept of due cause.

Key-words: Criminal policy. War on drugs. Breach of domicile. Well-founded reasons. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC - Apelação ou apelações-crime

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. A guerra às drogas exposta	13
2.1 Quando a política se converte em guerra: uma política criminal com derramamento de sangue	15
2.2 A identificação da figura do inimigo	26
2.3 A permanência da exceção: o Estado Policial latente	34
2.4 A formação social da cidadania negativa e da subcidadania	40
3. A política jurisdicional exposta: o tratamento dado às violações de domicílio cometidas pelo próprio Estado	45
3.1 A superação do entendimento anteriormente adotado	47
3.2 A mudança de perspectiva ante uma realidade político-criminal: deve haver um controle jurisdicional sobre a atividade policial?	61
3.3 Exigência de fundadas razões: um novo conceito de justa causa	68
3.3.1 Fundadas razões para o ingresso domiciliar	69
3.3.2 Uma nova justa causa dentro do processo penal?	72
4. A política criminal de guerra às drogas na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: em que se constitui a justa causa para o ingresso domiciliar?	75
4.1 O particular dissenso entre as Câmaras Criminais do TJRS	76
4.2 Critérios considerados para o preenchimento da nova justa causa	81
4.2.1 Indicação por terceiro	82
4.2.2 Informações anônimas	88
4.2.3 Reação à abordagem e atitude suspeita	91
4.2.4 Ação policial contínua à abordagem	95
4.3 As casas que a priori não merecem proteção	97
5. Conclusão	100
Referências	102

1. Introdução

O presente trabalho pretende retratar mais uma das tantas marcas da guerra¹ na política criminal brasileira. Muitos outros já o fizeram, mas este, em particular, tem por objetivo tentar demonstrar como o discurso jurisdicional tem se relacionado com uma das recorrentes violações ao texto constitucional no contexto beligerante da guerra às drogas: as invasões de domicílio praticadas por agentes da segurança pública.

Como *local* de onde partirá essa análise, é importante demarcar que as primeiras reflexões sobre o problema, bem como o integral desenvolvimento da abordagem que segue, são fruto de período em que exercida a função de Secretário de Desembargador junto à Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Dessa experiência, foi possível extrair uma maior proximidade com o debate de fundo e com os casos práticos que aqui serão posteriormente analisados. No entanto, mesmo com maior disponibilidade de acesso a esse material, vale ressaltar que todos os dados foram obtidos em pesquisa junto ao sistema de consulta processual do *site* do TJRS, de acesso amplo e universal, sendo utilizados apenas julgamentos lá disponibilizados. De todo modo, é preciso consignar que havia - e ainda há - um contato permanente entre atuação profissional e reflexão crítica, o que se objetiva desenvolver neste trabalho.

Dessa experiência, pode-se também confirmar que são diários os relatos de violência policial. Se a violência de Estado é um dado histórico da sociedade brasileira², perpassando tanto os períodos democráticos como os regimes ditatoriais, é preciso identificar quais os discursos que estão por trás de sua legitimação, seja em caráter expresso, seja de maneira subliminar. O desenvolvimento de uma política repressiva de combate às drogas e ao tráfico, no formato de uma guerra, é uma das imagens mais destacadas de como é possível aliar práticas autoritárias e violentas

¹ A expressão é de Nilo Batista, com influência da doutrina de Clausewitz: “*Se é relativamente fácil perceber a “marca da política” diante de uma guerra em favor do tráfico de drogas, as coisas se complicam quando pretendemos perceber as características da política criminal que elegeu a própria guerra como método, da política criminal que se vê e se pretende guerra contra as drogas. Teremos que inverter o percurso, e ao invés de, como Clausewitz, procurar na guerra a marca da política, tratar de vislumbrar nessa política criminal as marcas da guerra.*” (BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue, p. 130. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997)

² GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 7.

dentro de um sistema formalmente constitucional e democrático, de garantia de direitos e liberdades fundamentais, com lastro em ideologias produzidas a partir de um pensamento autoritário.³

A fim de tentar identificar esse pensamento e suas possíveis influências no atual panorama da guerra às drogas, o primeiro capítulo traz algumas contribuições dadas por diversos autores e autoras no sentido de expor as realidades mascaradas pelos discursos hegemônicos tanto no sistema de justiça penal como no discurso midiático e popular. Em primeiro plano, é traçada uma linha interpretativa das políticas criminais de enfrentamento às drogas, de uma política sanitária para uma política beligerante, sendo identificados três discursos essenciais para uma militarização dessa área da segurança pública e para a produção de fronteiras entre indivíduos e grupos sociais dentro do paradigma do Estado de Direito, produzindo maniqueísmos entre os que respeitam a lei e os que não a respeitam; os nacionais e os estrangeiros; os que defendem a ideologia X e os que defendem a ideologia Y. Fazem parte desse tripé de sustentação da guerra às drogas a Ideologia da Defesa Social, a Ideologia (ou Doutrina) da Segurança Nacional e os Movimentos de Lei e Ordem, os quais, combinados, fortalecem-se mutuamente na ideia de um guerra de uns contra os outros, dando estrutura para uma política criminal de verdadeira guerra.

Como toda guerra, a política criminal de guerra às drogas elege um inimigo, que não é merecedor da tutela estatal como os demais cidadãos, pois suas condições e possíveis ações futuras são elas mesmas desestruturadoras do contrato social que funda o Estado. O desrespeito reiterado ou praticado em determinados aspectos (ou contra determinados bens jurídicos) legitimaria o tratamento diferenciado e abriria espaço para um combate *fora das regras do jogo*, despido das garantias alcançadas aos demais. Daí se extrai a fundamentação de um Direito Penal do Inimigo, que não só implica ideias de incidência da lei penal, mas de não alcançar direitos

³ A terminologia adotada tem por base a expressão concreta, por meio de ações no plano fático, de uma forma *autoritária de pensar*, não necessariamente um pensamento autoritário que nasça de uma forma autoritária de agir. Nesse sentido, Marilena Chauí descreve que “*o pensar autoritário tem a peculiaridade de precisar recorrer a certezas decretadas antes do pensamento e fora dele para que possa entrar em atividade. Seria ilusório supor que o pensamento autoritário desemboque numa exigência de obediência, pois esta é seu próprio ponto de partida: precisa de certezas prévias para poder efetuar-se e vai buscá-las tanto em ‘fatos’ quanto em teorias*”. (CHAUÍ, Marilena. Apontamentos para uma crítica da ação integralista brasileira, p. 27. In: CHAUÍ, Marilena; ROCHA, André (org.). **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013)

fundamentais a um ou a um grupo de indivíduos, pois eles representariam a destruição da própria concepção de Estado como contrato socialmente aceito por seus cidadãos.

Esse *espaço de guerra*, ou seja, no qual está justificado agir fora do respeito aos protocolos legais, não seria algo excepcional, mas sim latente ao próprio ordenamento jurídico, o que se extrai da concepção de Giorgio Agamben acerca da teoria do estado de exceção como regra dentro do paradigma do Estado de Direito mais atual. Seria através desse espaço de atuação excepcional que o Estado de Direito garantiria sua manutenção e, por isso, a ação policial que não encontra amparo na ordem legal, mas assim age para manter ou restaurar essa ordem, encontraria fundamento, ainda que ele fosse apenas *político*, e tradutor de uma perspectiva política. Entende-se que apenas nesse contexto de *emergência permanente* é que seria possível pensar na ideia concreta de um Direito Penal do Inimigo dentro do paradigma democrático do Estado de Direito.

Todo esse ideário encontra terras férteis na sociedade brasileira, em que as categorias de subcidadania e de cidadania negativa encontram-se marcadamente presentes nas camadas mais pobres. Essas condições, dentro de um guerra à comercialização das drogas, desvelariam diversas formas de violação aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, sendo um deles o desrespeito à garantia da inviolabilidade do domicílio, temática principal deste trabalho.

Diante dessas possibilidades de análise e das realidades político-criminais, o segundo capítulo do trabalho pretende demonstrar que o Poder Judiciário não se encontra alheio e atua, em certo sentido, na conformação da política criminal de guerra às drogas, ainda que dentro dos limites da política jurisdicional. Nele, pretende-se, em primeiro plano, apresentar qual era o entendimento jurisprudencial anterior e sua base teórico-doutrinária sobre a legitimidade das violações de domicílio praticadas pelas polícias para apreensão de drogas e armas, assim como algumas vozes contrárias que o criticavam.

Na sequência, serão expostas as razões expressas que levaram o Supremo Tribunal Federal a superar o anterior entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, seguida de uma tentativa de explicar os fundamentos

centrais do acórdão e expor quais os conceitos que serão importante espaço de disputa interpretativa entre as diversas concepções político-criminais.

No terceiro e último capítulo, tentar-se-á expor um olhar sobre o tratamento dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a essa mesma problemática, dividindo-se a análise em dois planos: no primeiro, serão expostos os dois entendimentos que vigoraram no âmbito desse Tribunal até a superveniência do julgamento pelo STF, dado obtido mediante pesquisa empírica anteriormente realizada. No segundo, atendo-se à jurisprudência da Terceira Câmara Criminal, pretende-se realizar um levantamento de quais circunstâncias já foram utilizadas para legitimar (ou não) as buscas domiciliares desacompanhadas de mandado e quais delas assim permaneceram, preenchendo (ou não) o conceito de justa causa para o ingresso no domicílio.

Ainda que a intenção manifesta do trabalho seja refletir criticamente sobre o alinhamento dos discursos político-criminais às realidades concretas dos casos de violação de domicílio, ressaltando hipóteses em que as arbitrariedades policiais foram reconhecidas e a prova obtida foi considerada ilícita, a tarefa não é assim tão fácil como parece. Ressaltar um entendimento em detrimento do outro é inevitável, dentro de um contexto de violações recorrentes. Entretanto, não se pode esquecer das críticas dirigidas ao pensamento pragmático como a *única via possível* na modernidade

O pragmatismo, ao tentar fazer da física experimental o protótipo de toda a ciência e ao modelar todas as esferas da vida intelectual segundo as técnicas laboratoriais, é a contrapartida do industrialismo moderno, para o qual a fábrica é o protótipo da existência humana, e que modela todos os ramos da cultura segundo a produção em cadeias de transporte ou segundo o funcionamento racionalizado da burocracia administrativa. A fim de provar o seu direito a ser concebido, todo pensamento tem de possuir um álibi, tem de apresentar uma caução do seu expeditismo. Mesmo que o seu uso directo seja “teórico”, é, em última instância, testado pela aplicação prática da teoria em que opera. O pensamento tem de ser aquilatado por algo que não é pensamento, pelo efeito sobre a produção ou pelo impacto sobre a conduta social, tal como hoje em dia a arte se mede, em última instância, no menor pormenor, por algo que não é arte, ou seja, pelo seu valor de bilheteria ou de propaganda.⁴

Mesmo diante de eventual pragmatismo nas reflexões propostas, é inegável que o presente trabalho apresenta-se como uma decidida crítica ideológica⁵ a um pensamento que busca retirar de determinados indivíduos a condição de cidadão,

⁴ HORKHEIMER, Max. **O eclipse da razão**. Trad. João Tiago Proença. Antígona: Lisboa, 2015., p. 59.

⁵ BARATTA *apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 38.

reduzindo-lhes em sua subjetividade pelo espaço social que ocupam, pela cor da pele que ostentam, pela não-inserção imediata no modelo social hegemônico. A partir da crítica dessas concepções, ainda que de uma perspectiva muito vinculada (ainda) aos ideais do liberalismo clássico, é que se pretende expor a problemática das violações de domicílio na política criminal de guerra às drogas.

Se nenhuma das pretensões for alcançada, já basta apenas a fiel exposição da problemática e como ela vem sendo tratada no âmbito jurisprudencial. Isso basta para abrir caminhos de reflexão sobre um tema quase não trabalhado doutrinariamente e que merece a atenção de todos os atores jurídicos envolvidos na resistência por um verdadeiro Estado Democrático de Direito, para todos.

2. A guerra às drogas exposta

O presente capítulo pretende apresentar as *lentes* por meios das quais é possível enxergar o problema central deste trabalho, que é o tratamento jurisdicional dado às invasões de domicílio⁶, praticadas pela polícia, no cumprimento da política criminal de drogas. Busca-se demonstrar que há um discurso teórico subjacente à omissão do poder judiciário em estabelecer limites claros e precisos à atuação policial, especialmente quando o assunto é o controle às drogas, superando, em nome de determinados resultados eficientes⁷, direitos e garantias dos indivíduos envolvidos no tráfico. Não se trata, obviamente, de discutir o papel inerte da jurisdição na divisão dos poderes, revolvendo os fundamentos filosóficos que determinam a sua ação somente por provocação, mas tão só compreender os motivos que a levam, quando provocada dentro da ação penal, a *consentir*⁸ com determinadas práticas autoritárias de um controle social violento.⁹

Embora a desconformidade dessa situação frente ao papel assumido pelo judiciário na defesa da Constituição republicana de 1988, a legitimação dessa inação perante uma realidade se dá, principalmente, pela reunião de três fatores: o primeiro deles é o discurso militarizado no trato das substâncias entorpecentes, traduzido em uma guerra contra um inimigo - o *traficante* -, politicamente declarada (a guerra) e socialmente identificado (o inimigo), que não possui o mesmo estatuto de direitos dos demais indivíduos, especialmente o de não ter a sua privacidade domiciliar violada, considerado um *subcidadão*, embora formalmente inscrito no pacto social fundante, por ser ele a figura que desestabiliza o próprio ordenamento.

⁶ Essa terminologia adotada possui uma explicação, pois o próprio dispositivo constitucional que assegura ser a casa asilo inviolável do indivíduo ressalva determinadas hipóteses em que esse asilo pode ser violado, seja pelo próprio Estado, seja por particular. A verificação dessas hipóteses, no entanto, não afasta a violação do domicílio, apenas torna legítima a incursão. A violação da zona de privacidade, portanto, não deixa de ocorrer; o que ocorre é a sua regularidade reconhecida perante o ordenamento jurídico.

⁷ ROSA, Alexandre Morais da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico, p. 439. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de [Orgs.]. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

⁸ A escolha da expressão é sobremaneira dificultosa, pois a ampla gama de leituras vai de uma completa inação por parte do judiciário por alienação, muitas vezes justificada pelo grande volume de trabalho, até aquelas decisões em que a violência no agir policial é tomada por legítimo exercício do poder estatal, em sentido weberiano, mas que não vai afundo na reflexão sobre esse conceito. V. WEBER, Max. **Ciência e Política, duas vocações**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 66ss.

⁹ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 109.

A par desse paradigma, cria-se um discurso de emergência que não só autoriza excepcionar as regras do jogo democrático perante a exceção, mas torna a exceção como se regra fosse, sendo legítima a atuação policial violadora que no fim visa à garantia da existência do próprio ordenamento. O agir policial é, ao mesmo tempo, definidor da emergência e instrumento de sua normalização, através da suspensão de determinado conjunto de regras, sendo uma decisão soberana de força de lei sem lei. Daí a extensão de um poder sem limites a quem tem por mister garantir a manutenção da ordem.

Em terceiro plano, soma-se a esses discursos uma confluência entre a faticidade da prática policial - quer dizer, o dia-a-dia da atuação das polícias, nos lugares em que ela atua - e o desenvolvimento discursivo da prática jurisdicional. Marcado por uma história violenta e autoritária¹⁰, o agir policial, especialmente aquele exercido pela polícia ostensiva, foi se desenvolvendo através das críticas, dos regimes políticos e encontrando novas conformações e papéis, atingindo um paradigma atual de pacificação social, que se dá por meio da ação violenta centralizada, presente ou imediata/eficaz, anulando-se subjetividades em nome da obtenção da famigerada ordem.¹¹ Esse paradigma, ainda que não declarado, contribui veladamente para o mister - este sim declarado - do poder judiciário de pacificar as relações sociais, ainda que o preço pago seja a produção de exceções ao texto constitucional. Afinal, se a polícia tortura, mata ou invade dentro dos marcos do estado constitucional brasileiro, quem joga a pá de cal sobre tudo isso é o poder jurídico.¹²

¹⁰ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.111. Ver também, em obra completa: KUCINSKI, Bernardo [et al.]. **Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015.

¹¹ Adjetiva-se a própria ideia de ordem como famigerada, não apenas os meios para obtê-la, pois há também uma disputa sobre o seu conceito definitivo. Toda imposição de ordem manifesta-se na violência de se obter com ela uma ideia de paz civil. Atingir a ordem é pacificar. Nesse contexto, a ideia atual da polícia como pacificação é tida como um processo civilizatório permanente, decorrente do pacto conciliatório característico da formação social brasileira. Através dela, produzem-se duas ações, sob as formas de ameaça indireta e o policiamento dos costumes, gerando uma nova forma de controle social pela interiorização do constrangimento. Isso quer dizer, as novas políticas de pacificação nada mais são do que renovação das antigas formas de subordinação das identidades a um pensamento dominante, como se a aniquilação das subjetividades por meio da polícia dos costumes e o terror internalizado não fossem instrumentos conhecidos historicamente pelos seus resultados. Nesse sentido, ver: D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, pp. 207-212.

¹² *Ibidem*, p. 140.

2.1 Quando a política se converte em guerra: uma política criminal com derramamento de sangue

"[...] a luta contra as drogas em termos de guerra não é simples estilo linguístico, visto que se incorpora ao imaginário político-criminal vigente, determinando o modelo repressivo."

Nilo Batista

Antes de trabalhar com um conceito, é preciso entendê-lo, não em todas as suas acepções, mas nos limites em que ele será utilizado. Aqui, entender-se-á a expressão política criminal como

o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação.¹³

Por meio desse conceito, compreende-se a política criminal não só como discurso atribuível a determinados agentes, sejam eles públicos, privados, científicos ou políticos, mas também as ações por eles praticadas, preocupadas (ou não) com o instrumental utilizado e com um fim almejado. Na estrutura do Estado, tido como espaço não só de desenvolvimento como de aprimoração e de efetivação das políticas públicas, a ideia compreende, portanto, a política de segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária, todas elas intrinsecamente ligadas ao estudo da ciência política¹⁴, seja por seus fundamentos, por sua forma de expressão ou pelos instrumentos utilizados em sua análise.

O atual paradigma em que se dá o desempenho concreto dessas agências é, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, conforme expressamente prevê o *caput* do artigo 1º da Constituição de 1988, erigido sobre os princípios da soberania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político e, especialmente, cidadania e dignidade da pessoa humana¹⁵. E em que pese as mais recentes discussões acerca do estágio do constitucionalismo,¹⁶ é nítido que a Constituição

¹³ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, volume 20/1997, pp. 129-146, outubro de 1997, p. 129.

¹⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 23.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 out. 2016.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59ss.

cidadã - como é popularmente conhecido o texto de 1988 - possui, dentre suas principais características, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a demonstrar sua atuação como instrumento orientado à contenção do poder e protetora das liberdades, seguindo as matizes liberais das fórmulas pregadas pelo constitucionalismo moderno.¹⁷

No entanto, essa concepção de conjunto de direitos e garantias, conformadora da ideia de cidadania liberal estática¹⁸ nunca foi - ou não deveria ser - um óbice à aplicação do direito penal, que teve nos ideais iluministas um forte impulso de desenvolvimento e reflexão, especialmente no que tange à legitimidade do poder de punir¹⁹. Esse pensamento, no entanto, é também marcado pela crítica, no sentido de que mesmo um sistema criminal baseado no clássico conceito de cidadania, na sua tendência à expansão, acaba por minimizá-la.²⁰ A preocupação aqui não é a de afirmar que a fundamentação teórica das ciências penais por essa perspectiva (liberal clássica ou iluminista) é irrefutável e que, por isso, outras fontes de reflexão devem ser excluídas. Enquanto ciência, a crítica das premissas fundamentais - e das conclusões e efeitos reais - ao direito penal deve ser permanente; enquanto modelo paradigmático de construção do sistema penal hegemônico, é importante notar as contradições presentes no discurso liberal.

A intercorrência presente situa-se em outro campo: na tensão entre os discursos legitimadores, especialmente quando partem de locais de fala diversos e não só quando divergem, a demonstrar contradições, mas também quando convergem, escancarando-as ainda mais. De fato, a existência de tensões entre o discurso e a prática, entre a operacionalidade do sistema ("ser") e sua programação ("dever ser")²¹, não é exclusividade das ciências penais, ali incluídas criminologia, dogmática penal e processual penal e política criminal, mas nelas se faz transparente uma especial conflitualidade entre legislação e ação; entre emergência

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 75.

¹⁹ Por todos, ver BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 26ss.

²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 29.

²¹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 37.

legitimadora da violência estatal e sua barreira de contenção²²; entre garantia e eficiência.

Embora o senso comum teórico aponte para uma determinada direção, isso não significa a garantia de que os princípios idealizados serão aqueles posteriormente afirmados, convertidos na política legislativa e, ainda que tornados norma, serão aqueles que concretamente incidirão na realidade crua. Na política criminal de drogas, as contradições parecem sempre mais evidentes, conforme pretende-se demonstrar a seguir.

Passaram-se dez anos desde a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, instituidora do atual Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). À época, o projeto já sofria as mais diversas críticas²³, principalmente pela não-revisão do modelo belicista já presente na Lei n. 6.386/1976, o que não o impediu de ser considerado uma atividade que acabou "*reunindo num só projeto as mais modernas e avançadas propostas, recolhidas em meio a numerosas iniciativas legislativas do Legislativo, Executivo e Comissões Parlamentares*"²⁴. Apesar dessa consideração, o marco legal não pode ser tomado como revolucionário²⁵ no ponto de vista de superação de antigas incongruências, que permanecem presentes desde antes da antiga legislação²⁶.

Apenas a título exemplificativo, persiste a atroz discricionariedade na distinção entre a figura do traficante de drogas e o usuário. Embora a lei tenha sido considerada por alguns²⁷ um avanço na perspectiva da despenalização do porte

²² CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155.

²³ *Ibidem*, p. 133.

²⁴ BRASIL. Senado Federal. Lei Federal n. 11.343/2006. Exposição de motivos por Magno Malta e Warderley Martins. **Diário do Senado Federal**. Brasília, Distrito Federal, 7 maio 2002, p. 7389. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em 11 out. 2016.

²⁵ A terminologia é aqui adotada enquanto mudança para uma posição diametralmente oposta na visão sobre e no enfrentamento de um terminado problema, ou uma simples mudança de enfoque relacionada a uma crise com os valores anteriormente postos. Ver BERGER, Denis. *Revolução*. In: BOUCHET, Thomas; PICON, Antoine; RIOT-SARCEY, Michèle. **Dicionário das utopias**. Trad. Carla Bogalheiro Gamboa e Tiago Marques. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2009, p. 215: "(...) *para que se domine bem a utilização do vocábulo, é necessário clarificar ao máximo a visão das experiências revolucionárias do passado. Cada uma delas, antes de dar origem a uma mudança no poder de Estado, foi marcada por uma crise dos valores normativos sobre os quais se fundava o consenso que assegurava a legitimidade da ordem existente*".

²⁶ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, volume 20/1997, pp. 129-146, outubro de 1997, p. 135.

²⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; HYPOLITO, Laura Girardi. Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas, p.245. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de [Orgs.]. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

para consumo pessoal, a fim de garantir a redução da *clientela* do sistema carcerário, a inexistência de parâmetros claros na distinção dessa condição, descrita no artigo 28, para a prática do tráfico, descrita no *caput* do artigo 33, levou, ao contrário do esperado, à elevação dos índices²⁸ de encarceramento.²⁹ Segundo dados colhidos pelo Ministério da Justiça através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), em números absolutos, a população presa por tráfico ilícito de drogas em junho de 2006 - antes da entrada em vigor da nova legislação - contava com 44.014 pessoas, sendo que, da totalidade dos estabelecimentos prisionais, apenas 63-65% deles informaram os valores obtidos³⁰. Já em 2014, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, também realizado pela plataforma do INFOPEN, registrou que 27% da população carcerária brasileira é composta por presos oriundos da legislação de drogas, totalizando, em números absolutos, 66.313 pessoas³¹, o que demonstra um efetivo aumento percentual - mesmo persistindo o problema na obtenção desses dados, muitas vezes não prestados pelas instituições.

Por um lado, é notável a maximização do controle penal sobre quem incorre nos delitos criados pela legislação de drogas. Sobre esse último levantamento acerca do universo prisional, duas considerações são necessárias. A primeira delas é o distinto padrão de criminalização entre homens e mulheres. Ainda que a maioria de presos masculinos responda a processos ou esteja condenada por tráfico de drogas, esse conjunto atinge a porcentagem de 25% do total de presos. Enquanto isso, as mulheres na mesma condição de envolvimento com o tráfico representam 63% do total de presas. Além disso, importante consignar o que o próprio estudo faz

²⁸ Não se pretende admitir a alteração legislativa como causalidade única, o que poderia ser falso, pois a conclusão dependeria de outros inúmeros fatores para além do texto legal - como a discricionariedade de sua aplicação, por exemplo. O que se quer ressaltar é uma reflexão sobre a *vontade de lei* e a realidade operacionalizada, pois “[...] a reflexão sobre o estado atual é mais importante do que qualquer conclusão aparentemente óbvia”. (VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 455).

²⁹ Nesse sentido, seria interessante, mas não é o alvo deste trabalho, realizar um levantamento sobre a diferença, inclusive em números, dos flagrantes relacionados ao porte para consumo pessoal e ao tráfico de drogas. Para obtenção dos números, ver, por exemplo, os dados da Secretaria de Segurança Pública, disponíveis em <<http://www.ssp.rs.gov.br/?model=conteudo&menu=189>>. Acesso em 12 out. 2016.

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. 2006. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-jun-2006.pdf>>. Acesso em 15 out. 2016.

³¹ É importante anotar que não foram utilizados os dados do Rio de Janeiro, de Tocantins e do Distrito Federal, em virtude da inconsistência das informações, bem como São Paulo, que não respondeu ao levantamento.

questão de ressaltar: “a informação que se destaca é a proporção de pessoas negras presas: dois em cada três presos são negros”.³²

Por outro, é importante notar, desse exemplo, o papel que a discricionariedade³³ de uma política criminal tem nesse encarceramento. A ausência de critérios definitivos previstos legalmente³⁴ para a distinção entre a droga destinada ao consumo pessoal e aquela destinada à comercialização deixou ao alvedrio primeiro dos policiais que efetivam a apreensão, contando com o posterior controle pelos demais órgãos do poder jurídico, dentre eles o Ministério Público - quem denuncia - e o Poder Judiciário - quem recebe essa denúncia, analisa-a e, por fim, acolhe-a ou não. Essa é uma primeira relação entre discricionariedades que merece ser ressaltada³⁵, decorrente do próprio texto legal e no contexto da política criminal de drogas, a evidenciar, ainda que de modo indiciário, a problemática entre maximização penal e a minimização da cidadania. Tentar-se-á demonstrar, neste trabalho, que outra importante discricionariedade é legitimada em nossa política criminal e anula, em certa medida, a ideia, ainda que restrita a uma concepção liberal clássica³⁶, no senso comum, de cidadania.

Mesmo erigida dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e pensada sob o prisma de um direito penal liberal, pois definidora de tipos penais com pena previamente estabelecida, de modo a legitimar a sempre posterior

³² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, junho de 2014, p. 50. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>>. Acesso: 15 out. 2016.

³³ Sobre a utilização do termo, VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 326: “*Tem-se repetido o termo discricionariedade justamente por isso, porque a criminalização das drogas favorece a escolha de quem deve ser perseguido por quem detém o poder ou, na prática da rua, por quem possui o distintivo naquela ocasião. Uma discricionariedade que chega às raias da arbitrariedade, mas com essa não se confunde, porque sabemos que as drogas são consumidas no alto escalão da camada social, como também são traficadas, e os lucros resultados do seu comércio são usufruídos principalmente pela elite, embora o sistema penitenciário fale por si só: lotado de pobres e miseráveis.*”

³⁴ Não que a existência de critérios definitivos, legalmente previstos, fosse alterar o quadro no contexto da guerra às drogas, conforme se tentará expor adiante.

³⁵ De fato, ela não é o objeto principal desse trabalho, mas é interessante apontá-la, especialmente pela relação que se estabelece entre ela e outras discricionariedades legalmente estabelecidas e mal utilizadas pelo conjunto das agências do sistema penal-repressivo, por razões de ordem político-criminais e filosóficas que são a espinha dorsal desse trabalho. Para uma crítica especificamente sobre esse ponto, ver MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na Lei n. 11.343/2006, pp. 417-437. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de [Orgs.]. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 72. A autora refere o conceito clássico em sua expansão e propõe uma reflexão acerca da superação do modelo *cidadania moldada pela democracia* para um modelo de *cidadania moldando a democracia*, com referência especial ao processo de luta pela construção da cidadania dos excluídos.

intervenção penal a fatos já praticados, entende-se que o discurso subjacente ao atual sistema de combate às drogas, bem como a legitimação que ele oferece nas práticas autoritárias das agências punitivas, foge a esses parâmetros.

Ao definir o pano de fundo teórico da política criminal de drogas, Salo de Carvalho apresenta o que seria o tripé ideológico sobre o qual ela se fundamenta: os Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), a Ideologia da Defesa Social (IDS) e a Ideologia da Segurança Nacional (ISN).³⁷ A síntese desses discursos permitiu - e ainda permite - que a tecnologia legal encampada pela atual legislação desencadeie uma política de repressão integrada nos planos legislativo, executivo e judiciário, complementando e otimizando o que seria um "*projeto global de guerra às drogas*".³⁸

De fato, essa terminologia - *guerra às drogas* - é amplamente utilizada em estudos criminológicos e de política criminal, e já ganhou certo tom de clichê, mas há razões suficientes para continuar reproduzindo-a. Para entendê-la, é preciso, em primeiro lugar, analisar como esses discursos funcionam e o que eles pretendem, ainda que sinteticamente.

A Ideologia da Defesa Social (IDS) é tida como nó teórico e político fundamental de dois sistemas científicos importantes na história das ciências penais: a Escola Liberal Clássica e a Escola Positivista.³⁹ Longe de se apontar uma necessária linearidade histórica entre paradigmas teóricos, é importante entender que de fato houve uma sucessão de ideias, baseada em premissas filosóficas básicas. Seu núcleo continuaria rígido, embora as divergentes matizes adotadas por escolas de pensamento distintos. Dela, em especial, extrai-se uma forma de instrumentalização da dogmática jurídica com o fito de distinguir, de forma maniqueísta, um bem e um mal. Conforme Alessandro Baratta, essa ideologia pode ser resumida nos seguintes princípios

a) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

³⁷ CARVALHO, Salo. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 34, pp. 129-146, abril de 2001, p. 130.

³⁸ *Idem*, **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83ss.

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 41.

- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio da culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.
- e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).⁴⁰

Como uma de suas variantes, a ideologia converte-se em *múnus* político, o Movimento de Defesa Social, que nega, embora suas origens vinculadas às revoluções burguesas, as concepções tradicionais do direito penal liberal, e estabelece um plano de política criminal voltado à luta esclarecida contra o fenômeno criminal, de inspirações protetivas da sociedade, mediante inclusive práticas de higiene social.⁴¹ O fenômeno criminal é algo que flerta com a corrosão social e, portanto, deve ser combatido. A adoção de categorias como a da periculosidade demonstram bem que um novo paradigma estaria sendo traçado, mesmo partindo dos princípios acima elencados, que davam um tom de racionalização extrema do direito penal, através da ininterrupta autolegitimação do sistema repressivo.⁴² Afinal, nada mais lógico do que a conclusão de que, se o sistema penal é erigido por um Estado que é expressão da sociedade, através de seus valores, violá-lo significa violar as premissas fundacionais dessa sociedade em si.

Soma-se à essa primeira ideologia a doutrina (ou também ideologia) da Segurança Nacional, que teve sua principal inserção em nosso aparato repressivo penal durante o Regime Militar, especialmente na década de 1970. Ao que consta, antes de se espalhar pela América Latina como política de Estado, essa doutrina foi

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, pp. 42-43.

⁴¹ ANCEL, Marc *apud* CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

⁴² *Ibidem*, p. 89.

muito debatida no âmbito da Escola Superior da Guerra, que, ao lançar sua ideia, “utilizou a soma do conceito de ‘segurança subjetiva’ (ausência de temor) com o conceito de ‘segurança objetiva’ (a convicção de se possuir os meios necessários para enfrentar o perigo)”.⁴³ Da união desses dois conceitos, surge uma concepção de segurança como “certeza de que tudo trabalha regularmente na atividade humana considerada”⁴⁴, ou seja, é possível uma sociedade atingir o patamar do *não-temer*, o que levaria à aceitação, ainda que manipulada, do que quer que fosse para atingi-lo. Nesse contexto, os relatos históricos sobre o período demonstram quais os resultados práticos⁴⁵ desse discurso, no qual se insiste que a segurança será produzida a partir de uma predominância do interesse nacional - sem defini-lo - sobre o individual.⁴⁶

Novamente, é importante ressaltar, dessa ideologia, um reforço ao princípio maniqueísta, dividindo o mundo entre as essencialidade do bem e do mal: se antes, pela Ideologia da Defesa Social, havia aqueles que cumpriam as leis e aqueles que cometiam crimes, a Doutrina da Segurança Nacional reforça esse princípio pelo conflito entre concepções políticas e de Estado. Afinal, haveria um conjunto de comportamentos vinculados a uma ideia de nação que mereceriam ser tutelados e promovidos, e qualquer violação destes representaria uma não-identificação do indivíduo com uma certa identidade nacional - o que culminaria na sua constituição como *outro*. Por meio desse pensamento, a noção militar de inimigo externo passa a ser utilizada também dentro do Estado, deixando de significar apenas a relação com limitações geográficas, mas também servindo para delimitar fronteiras ideológicas dentro de um mesmo país.⁴⁷

⁴³ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 120.

⁴⁴ FON, Antonio Carlos *apud* GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 120.

⁴⁵ Sobre o terrorismo de Estado e sua violência institucionalizada, os relatos históricos são abundantes. V. RIDENTI, Marcelo. Esquerdas revolucionárias armadas nos anos 1960-1970, pp. 37-38. In: FERREIRA, Jorge; REIS, Daniel Aarão (Org.). **Revolução e democracia (1964-...)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. No mesmo sentido: GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 379ss.

⁴⁶ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁷ SILVA, Jorge da *apud* CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95. Estabelecer fronteiras internas ideológicas é determinar que um indivíduo ou grupo de indivíduos, por seu pensar diferente, deve ser visto como inimigo, alguém diferenciado, a se combatido. É o que ocorreu, por exemplo, durante a Ditadura Civil-Militar mais recente, “o regime que fazia do anticomunismo quase uma razão de ser [...]”. (GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 382).

Assim, o encontro entre ambas as concepções gera a constituição de duas figuras, que culminaram por se mesclar. Uma delas é a forjada pelo corruptor da moral nacional, que seria o inimigo externo; a outra, lançou luzes sobre aquele que seria o inimigo interno, o subversor, ou o criminoso comum. Ambos os elementos confluem na criação político-criminal do conceito unívoco de inimigo, a quem só resta a neutralização, não importando os meios utilizados para tanto.

A forma de manutenção do corpo social sadio contra as investidas daqueles que pretendem aniquilar os valores morais é a sanção neutralizadora, cuja finalidade, diferente dos modelos de Defesa Social baseados na recuperação do infrator, é estruturada na ideia de eliminação.⁴⁸

Ainda conforme Salo de Carvalho, o terceiro pilar dessa política autoritária seria constituído pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), que tem na imprensa seu maior catalisador. Esses movimentos têm como características a tentativa de produzir um consenso sobre o fenômeno criminal, distribuindo estereótipos, sujeitando indivíduos a mecanismos estigmatizadores, causando pânico moral e, novamente, fortalecendo maniqueísmos. Segundo ela, o aumento do controle repressivo-penal é a via de solução para o problema da violência e da criminalidade⁴⁹, olvidando-se que essa discussão pode - e deve - ir muito além. Citando João Marcelo de Araújo Júnior, o autor traz como principais metas desse discurso

(a) justificar a pena como castigo e retribuição; (b) instaurar regime de penalidades capitais e perpétuas ou impor severidade no regime de execução da pena; (c) ampliar as possibilidades de prisões provisórias; (d) diminuir o poder judicial de individualização da sanção.⁵⁰

A ineficácia desse discurso encontra-se exatamente no que se toma como resposta para sua legitimação: se as reformas legais e novas criminalizações não funcionaram para diminuir a criminalidade, precisa-se de novos tipos penais e mais recrudescimento, pois as últimas alterações não eram rigorosas o suficiente perante os índices de criminalidade.⁵¹ Na contramão dos resultados buscados, esses movimentos obteriam, com uma maior legislação penal, o aumento da

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

⁴⁹ CANTERJI, Rafael Braude. Política criminal e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 44.

⁵⁰ ARAÚJO JÚNIOR *apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 98.

⁵¹ CANTERJI, *loc. cit.*

criminalidade.⁵² E não é apenas nos números do sistema penal que os prejuízos desse discurso são sentidos, mas também na flexibilização das garantias, minimização de direitos fundamentais e na relativização dos direitos humanos a que ele leva.

Enfim, a transversalidade dos discursos acima relatados pode ser resumida no recrudescimento do direito penal, na sua militarização e, essencialmente, na ideia de distinção entre indivíduos: aquele que comete crimes, aquele que não os comete; aquele que se identifica com os padrões morais, aquele que não se identifica; o cidadão nacional e o inimigo externo. É como se todos eles, de algum modo, mesmo com metodologias diferentes, contribuíssem com a formação de um ideário de distinção, entre estes e aqueles, como se o âmbito da política criminal fosse, de fato, um conflito com partes bem definidas.

Em síntese, o tripé discursivo da política criminal de drogas pode ser resumido como um conjunto de ideologias negativas - pois se resumem a discursos que pretendem descrever realidade *desejadas*, mas não necessariamente verificadas faticamente, ocultando-as -, a fim de instrumentalizar de forma positiva - ou seja, para uma atuação no plano das ações - as agências repressivas e os movimentos sociais e políticos com o objetivo de densificar o que seria um combate à criminalidade, legitimando-o.⁵³

Dentro desse contexto é que a política criminal de drogas se desenvolveu de um modelo sanitário para um modelo bélico⁵⁴, em conformidade com esses discursos, especialmente aquele da Doutrina da Segurança Nacional. A ideia de militarização dentro das políticas de segurança pública significa, em linhas gerais, “*a tendência de transposição de concepções, valores e crenças da doutrina militar para a área da Segurança Pública*”⁵⁵. É fato que essa concepção teve seu auge durante o período do Regime Militar, mas não surgiu com ele e também não acabou com a

⁵² A relação de causalidade aqui é regularmente estabelecida pela crítica criminológica a esses movimentos, baseada na ideia de que a existência de mais tipos penais aumenta o número de condutas que passam a ser crimes e, portanto, aumenta o número de crimes praticados - não necessariamente constatados. Sobre o que seria uma eficácia invertida da *hipercriminalização*, v. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 176ss.

⁵³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

⁵⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997, p. 135.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, pp. 129-146, abril de 2001, p. 132.

redemocratização, pois suas marcas estão cada vez mais expostas na guerra às drogas.

Conceber o sistema penal como uma guerra⁵⁶, em conformidade com a doutrina militar, exige determinadas predisposições e tem suas implicações, especialmente um recrudescimento das práticas policiais, senão de todo o sistema. Afinal, devem haver direitos garantidos em uma guerra, ou ambos os lados procuram apenas a destruição recíproca? Buscar-se-á, nesta reflexão, alcançar algumas respostas fáticas, ainda que as mesmas não tenha sido idealizadas.

Ao dar entrada no universo formal de militarização do controle das drogas ilícitas⁵⁷, passa-se, inevitavelmente, a ser necessária a identificação de um inimigo, a criação de dogmas ontológicos que reúnam os bons, separando-os dos maus, e também a tolerância para com violações do regramento legal e constitucional, desde que o mote seja a neutralização do outro, a quem essa guerra busca a combater.⁵⁸

Por isso, diz-se que depois de ter se tornado uma política de *combate às drogas*, pouca coisa de *política* sobrou na política de drogas⁵⁹: afinal, na guerra é preciso, inevitavelmente, derramar sangue, o que não é difícil de se constatar na realidade brasileira.

A Anistia Internacional divulgou pesquisa, realizada em 2011, na qual constatou que nos vinte países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o planeta, foram executadas 676 pessoas, sem contabilizar as penas capitais inflingidas na China, que se nega a fornecer os dados. No mesmo período, somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número de 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados e ainda superior ao da letalidade da última guerra em nosso continente.⁶⁰

Embora a dificuldade de se trabalhar com dados, em se tratando de definir tendências de política criminal ou seus efeitos, eles seguem alarmantes, não necessariamente demonstrando a hipótese aventada, mas sim a necessidade de reflexão sobre o ponto.⁶¹ Eugênio Raúl Zaffaroni expressa que o número de mortes

⁵⁶ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997, p. 139.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, pp. 129-146, abril de 2001, p. 132.

⁵⁸ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 75-77. Nesse sentido, ver também: BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997, pp. 140-141.

⁵⁹ VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 19.

⁶⁰ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁶¹ VALOIS, *op. cit.*, p. 455.

produzido pelos sistemas penais latino-americanos iguala-se - e muitas vezes supera - o total de homicídios de "iniciativa privada".⁶² A violência gerada, especialmente aquela produzida pelo próprio Estado, muitas vezes, ultrapassa o que entendemos pelo conceito de guerra declarada.

Conforme Nilo Batista,

[...] a substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal. Mao Tsé Tung retomou certa feita a famosa comparação de Clausewitz, formulando-a nos seguintes termos: "a política é guerra sem derramamento de sangue, enquanto que a guerra é a política com derramamento de sangue".⁶³

Se a guerra é, de fato, a política com derramamento de sangue, e vive-se uma política criminal de guerra às drogas encabeçada pelo Estado, é preciso saber de quem é o *sangue derramado* nessa guerra.⁶⁴

2.2 A identificação da figura do inimigo

Se a política criminal de drogas de fato internalizou os princípios de uma segurança pública militarizada e estamos em meio a uma guerra, é necessário distinguir quem é o inimigo erigido por esse discurso, a quem o sistema repressivo-estatal atinge diretamente com seu agir. É ele, afinal, que sofre sobre si a intensidade concreta não só da criminalização, mas também da minimização das garantias e dos direitos fundamentais.

Um dos importante fenômenos analisados pelos estudos criminológicos, e que tem sua incidência potencializada no âmbito da política de drogas é o da criminalização secundária. Enquanto a criminalização primária tem relação com o procedimento legislativo penal, delimitando a conduta típica, a criminalização secundária fica a cargo das demais instituições envolvidas na persecução penal

⁶² A expressão do autor está relacionada com as mortes causadas por particulares, sem envolvimento direto do aparelho estatal. V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 39.

⁶³ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997, p. 141.

⁶⁴ A expressão é utilizado tanto no sentido literal como figurativo, a significar tanto a violação máxima que se pode conceber em um contexto de guerra (a morte), como também violações menores, mas persistentes, de toda a ordem, no âmbito da propriedade, da liberdade, da privacidade, da intimidade, da segurança, entre outros. Se algum ou alguns são os que tem *sangue derramado*, os reflexos são sentidos em toda o cosmo social, que sofre consequências, direta ou indiretamente, desse combate (vide as mortes que o tráfico de drogas causa entre particulares, por exemplo).

A criminalização primária, exercida pelas agências políticas (poder legislativo), é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um programa de punição a ser cumprido pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários).⁶⁵

Por sua vez, a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo”⁶⁶. É nesse contexto que

[...] a interpretação e aplicação das regras do direito e do processo penal, como amplamente demonstrado pela crítica criminológica, escapam aos limites das normas legais. Sobretudo quando se trata de criminalização secundária, ou seja, durante a eficaz incidência das instituições penais na captura do indivíduo selecionado, inúmeros signos interpretativos *praeter e citra legem* impõem-se, pautando as estratégias de punitividade.⁶⁷

A seletividade desse processo já foi objeto de diversas reflexões críticas e relaciona-se, fundamentalmente, com a discricionariedade de atuação das agências repressivas, pois é no espaço deixado por ela que a seleção funciona, não só para criminalizar, mas também para não se aplicar todo o conjunto de direitos e garantias fundamentais existentes na atual ideia de cidadania liberal, encampada pela Constituição de 1988.

Essa discricionariedade na atuação não poderia ser chamada de um poder arbitrário, porque “seria um poder arbitrário se o policial pudesse escolher entre entrar em uma mansão dos Jardins, em São Paulo, ou em um apartamento na Vieira Souto, no Rio de Janeiro, ao invés de em uma casa pobre, mas ele não pode”.⁶⁸ Ela, portanto, já estaria direcionada a um determinado espaço de atuação dentro do cosmos social.

Na política de guerra às drogas, a atuação discricionária da criminalização secundária, com todos os seus efeitos, atua sobre o traficante da camada pobre da população⁶⁹, constituindo-o como inimigo a ser combatido. Segundo Orlando Zaccone D’Elia Filho, “a escolha em relação às pessoas que são atingidas pela prática da conduta descrita como tráfico de substância entorpecente é algo

⁶⁵ D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 16.

⁶⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157.

⁶⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 326.

⁶⁹ *Ibidem*, loc. cit.

*irrefutável*⁷⁰, o que poderia ser facilmente constatado a partir de um olhar sobre quem são as pessoas que atravessam diariamente os umbrais das delegacias e dos estabelecimentos prisionais. Da lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, o autor carioca extrai que não há um arbítrio na seletividade punitiva porque ela se orienta pelos padrões de vulnerabilidade dos candidatos à criminalização, que, no Rio de Janeiro, estariam representados "*pelo tríduo PRETO-POBRE-FAVELA*".⁷¹

Para que essa seletividade funcione em sua discricionariedade, já delimitada, é preciso representá-la dentro do cenário do posto. O projeto beligerante da política criminal de drogas necessita dela para constituir - ou identificar - a figura do inimigo no corpo social, pois, como já afirmado, não há guerra sem um inimigo.

Com efeito, a introdução dessa figura como tema de discussão dentro das ciências penais não é uma novidade e tem como sua referência a obra de Günther Jakobs, na qual o autor fundamenta a distinção entre o que chama um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo.⁷² Ao apresentar essa doutrina, o próprio autor coloca-a como uma perspectiva mais aproximada da teoria do que da prática, uma discussão essencialmente relacionada ao debate acerca dos fins da pena, não sendo possível distinguir, em casos determinados, o que caberia a cada um desses universos, que seriam, fundamentalmente, os dois lados da mesma moeda.

(...) no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio - Direito penal do cidadão - se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros - Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadão é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão.⁷³

Emprega-se, em ambas as acepções, a expressão direito, mas de forma diferenciada. Na primeira delas, o Direito Penal do Cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso, ou seja, ele segue sendo pessoa⁷⁴, embora tenha cometido um crime, e goza de todas os direitos e garantias que esse estatuto - de pessoa - lhe garante. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo usa o conceito de Direito de modo diverso, estabelecendo-o como o direito do Estado em garantir a segurança frente a

⁷⁰ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 23.

⁷¹ *Ibid.*, p. 24.

⁷² JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

⁷³ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 29.

indivíduos que reincidam persistentemente na comissão de alguns delitos, o que inclusive pode ser exigido pelos demais cidadãos daquele Estado, a fim de garantir seu direito fundamental à segurança⁷⁵.

Conforme o autor alemão, a distinção entre cidadão e inimigo não nasce de um vácuo lógico dentro do paradigma de consenso ocidental da legalidade e garantia de direitos, mas sim da necessidade de sua proteção contra ameaças à sua própria existência, sendo buscada sua fundamentação filosófica na contraposição de ideias entre Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, toda ela, portanto, relacionada ao contratualismo enquanto teoria do Estado.⁷⁶ Enquanto os dois primeiros autores consideravam todo delinquente um inimigo, pois violador da ordem estabelecida no pacto social⁷⁷, Hobbes só assim considerava quem praticasse crimes de alta traição - só assim haveria rescisão à submissão e recaída ao estado de natureza⁷⁸, o que não estaria, *a priori*, no âmbito de liberdade do indivíduo. Enquanto isso, Kant desenvolvia, ainda que indiretamente, a ideia de que determinados indivíduos não estariam “dentro” de uma constituição cidadão e, nessa condição de estado de

⁷⁵ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 29.

⁷⁶ A contrapor a afirmação de Jakobs de que a filosofia da Idade Moderna ensina o suficiente para a abordagem atual do problema do inimigo, ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011, p. 24: “*O pensamento moderno nos oferece os elementos para proceder a essa verificação, porém cometeríamos um grave erro se, deixando-os de lado, nós nos apoiássemos somente em sua componente contraditória para apresentá-lo como pós-moderno ou superador da modernidade, quando, na realidade, não se trata de nada mais do que um obstáculo do pensamento pré-moderno arrastado contraditoriamente pela modernidade.*” Aliás, o autor argentino faz uma abrangente crítica a toda a fundamentação filosófica adotada por Jakobs no quarto capítulo de sua obra, distanciando-o dos autores anunciados e aproximando-o de Carl Schmitt. Ver pp. 121-134.

⁷⁷ Eugênio Zaffaroni nega essa leitura, apontando que “*as posições de Rousseau e Fichte não são tão radicais, pois de seus textos não surge nenhuma evidência de que eles tenham pretendido considerar inimigos todos os delinquentes, ao menos sem matizes tão importantes que neutralizem, em grande medida, a primeira afirmação [...] na verdade, eles praticamente reduziram essa categoria aos assassinos e traidores e, ainda assim, com matizes consideráveis.*” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011, pp. 121-124)

⁷⁸ HOBBS *apud* JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27: “*o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status*”. A perspectiva de Hobbes sobre o tema divergia essencialmente daquela apresentada por Rousseau porque aquele entendia que, após ter firmado o contrato social, não caberia ao indivíduo decidir dele se retirar, simplesmente por sua opção, a não ser que assim fizesse optando por opor-se ao soberano, rebelando-se. Sobre o contrato social de Hobbes, a interpretação se aproxima da canção da banda inglesa Depeche Mode, Everything counts: “*The handshake seals the contract, and from the contract, there’s no turning back*”. In: Depeche Mode. “Everything counts”. Por GORE, Martin. **Construction time again**. BMG Ariola, 1983. CD.

natureza, lesariam a segurança de quem estivesse dentro, sendo-lhe imposto o tratamento como inimigo.⁷⁹

O que legitima o Direito Penal do Inimigo a incidir sobre determinado indivíduo ou grupo de indivíduos é, portanto, a quebra do pacto fundamental que constitui a sociedade enquanto Estado, afastando o direito à segurança, que é o motivo principal de subvenção ao contrato social. A distinção básica, portanto, estaria na relação simbólica entre a norma violada e a respectiva resposta para com o seu violador: o cidadão que eventualmente comete um crime tem na pena legalmente prevista - e aplicada - a reafirmação do ordenamento jurídico e do Estado de Direito.⁸⁰ Ao contrário, aquele que, por sua reiteração de crimes ou incidência em crimes de determinada espécie⁸¹, é visto de maneira diferente por seu caráter desagregador do vínculo jurídico primordial, deve ser tratado como um perigo à sociedade e ao ordenamento, de quem não se espera nenhuma confirmação cognitiva de concordância com a previsibilidade comportamental do ordenamento.

No ponto, Moyses Pinto Neto bem explica o conteúdo filosófico atribuído por Günther Jakobs

A norma deve, provavelmente, viger para (quase todas) as pessoas, sob pena de o déficit de 'segurança cognitiva' colocar em xeque sua própria vigência, que consistiria em uma promessa vazia e sem garantia. Porém as pessoas não desejariam apenas direitos (isto é, a manutenção simbólica da configuração social), mas também garantir a integridade do seu corpo. Por essa razão, a personalidade do indivíduo não se pode orientar de modo totalmente contrafático à vigência da norma, abstando-se de avaliar o caráter lícito/ilícito de sua conduta. Nesse caso, o agente põe em risco os próprios pilares da sociedade, na medida em que elimina a segurança cognitiva (expectativa) dos demais em relação à vigência da norma. Quer dizer: aquele que por princípio se orienta de forma frontalmente contrária à norma jurídica, sem reconhecer sua vigência, cria uma situação de risco para a estrutura social como um todo, caindo em uma esfera distinta do Direito Penal do cidadão. (PINTO NETO, 2012, pp. 14-15)

⁷⁹ KANT *apud* JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 29.

⁸⁰ JAKOBS, *op. cit.*, p. 30: "O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos (...)"

⁸¹ *Ibid.*, p. 34: "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. Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação - denominada abertamente deste modo - de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, nos casos de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, assim como, em geral, no que tange aos crimes".

O perigo causado pelo inimigo, extraído tanto pelos fatos em que já incidiu como prospectivamente, legitimaria a intervenção penal *fora dos parâmetros regulares*, pois ele já teria rescindido o pacto social e declarado, através de suas ações, que não mais desejaria participar do vínculo primordial. Não garantiria, portanto, as expectativas legítimas das outras pessoas sobre suas condutas individuais, motivo pelo qual estaria justificado seu tratamento diferenciado. Afinal, os direitos fundamentais descritos numa constituição seriam alcançáveis apenas àqueles que a ela se submetem.

O pensamento de Günther Jakobs reverberou, mas também encontrou severas críticas, não pela sua precisa identificação de uma realidade, de um problema, mas pelo construto teórico que viria a legitimar discursos e práticas deveras autoritárias⁸². De todo modo, a ideia surpreendeu mais por sua construção filosófica e pelas consequências de sua aplicação, que resgatava uma percepção vinculada a regimes totalitários⁸³, do que pela constatação de uma figura que, na realidade, já era alvo do sistema penal repressivo e ocupava, há tempos, o banco dos réus.

Conforme Eugenio R. Zaffaroni

O hostis, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes). 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.⁸⁴

A crítica do autor argentino aponta acertadamente para o que seria um elemento conceitual contraditório, por *plantar* dentro do Estado de Direito exatamente a semente de sua destruição.⁸⁵ O autoritarismo da proposição de controle do perigo teria, segundo ele, encontrado no discurso mais atual uma certa

⁸² A título de exemplo, fala-se na política antiterrorismo adotada pelos Estados Unidos da América em recentes atos legislativos. V. MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 63.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011, p. 21.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁵ A crítica, nesses termos, se assemelha com aquela feita por Giorgio Agamben à tentativa de Carl Schmitt de criar uma vinculação entre estado de direito e estado de exceção, que será melhor trabalhada a seguir. V. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, pp. 12 e 56-57.

suavidade, pois “só se priva o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo, porém deixa-se aberta a porta para seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus outros direitos”.⁸⁶ Dessa forma, a eventual relativização de algum direito, seja durante a investigação, durante o processo penal ou durante a execução da pena serão efetivadas no limite da necessidade de neutralização do perigo, garantido o restante do estatuto jurídico. No ponto, o cerne da crítica encontra-se no fato de que “a estrita medida de necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder”, ou seja, a expressão do juízo de periculosidade do inimigo não seria nada mais do que um juízo subjetivo e individual de quem possui o poder de decidir sobre a emergência.⁸⁷

Em síntese, conforme Eugenio R. Zaffaroni, a essência do tratamento diferenciado atribuído ao inimigo consiste no próprio direito negar-lhe a sua condição de pessoa. Embora se possa matizar a ideia, a mera distinção entre cidadãos e inimigos, colocando estes últimos em um patamar em que não tenham todos os direitos e garantias individuais atribuídos aos demais, o que significa negar sua condição de pessoa perante o ordenamento, seria uma clara afronta ao princípio do Estado de Direito.⁸⁸

Em nossa realidade político criminal, esse discurso deve ser racionalizado para identificar figura do inimigo, que há muito já foi constituída. A ideia fundamental de que alguns indivíduos merecem tratamento diferenciado já vem sendo aplicada pelas agências repressivas⁸⁹, no sentido de negar a condição de pessoa a quem o sistema estabeleceu como *hostis*.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011, p. 24.

⁸⁷ Nesse sentido, v. ZAFFARONI, *op. cit.*, p.25. Também ver CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159: “A resignificação do inimigo, não apenas como metarregra mas alçado a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal, entra em sintonia com o projeto político criminal de beligerância. Nos países periféricos latinos, em face das inconsistências de percepção do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico abre espaço para a recepção do estigma legitimador do direito penal de emergência”.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 144.

⁸⁹ Sobre o período ainda anterior ao Regime Militar e o acréscimos de novas figuras ao rol de inimigos, v. GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 122: “A ditadura militar amplia, dessa forma, o âmbito e os alvos da violência, trazendo a prisão, a tortura e os maus-tratos, historicamente aplicados contra os estratos excluídos social e economicamente, para a realidade acadêmica, uma vez que não se tratava mais de uma experiência de disciplinarização de corpos de trabalhadores, mas da tortura de pessoas próximas, por vezes das mesmas origens sociais”.

Muito embora a teoria de Günther Jakobs tenha sido fundamentada em certo sentido, levando em conta os fins da pena, avaliando a aplicação do conjunto principiológico desenvolvido para determinada área da dogmática jurídica, pode-se perceber que o funcionalismo, enquanto doutrina, alastrou seus princípios por toda a ciência penal, desde a normatização dogmática até a política criminal, incidindo especialmente também sobre as políticas de segurança pública. Conforme Salo de Carvalho

para além da modificação na linguagem dogmática, os efeitos da flexibilização dos princípios estruturais do sistema penal são pulverizados para toda a cadeia de interpretação, aplicação e execução das normas, reduzindo a capacidade do direito como regulador das violências desmedidas, públicas e/ou privadas.⁹⁰

Inclusive, os exemplos introduzidos por Günther Jakobs dificilmente seriam universalizáveis por suas particularidades, pois o autor refere, introdutoriamente, casos de terrorismo como o *11 de setembro* para avançar na conceituação do *hostis*.⁹¹ No entanto, ainda que toda concepção teórica possa ser utilizada para fins não pensados ou ser corrompida⁹², é preciso compreender o desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo como uma chave de leitura para uma realidade já existente nos sistemas penais, a fim de criticá-la, não legitimá-la ou maximizá-la.

Nesse viés, embora seja possível atribuir uma ressignificação do conceito de inimigo para a realidade da América latina na figura do *traficante* pelo vácuo de percepção - ou até inexistência - de movimentos denominados *terroristas*, como faz Salo de Carvalho⁹³, também é possível distinguir, em nosso contexto, a existência de uma ideia precedente à significação ela mesma, de modo que o inimigo já fazia parte da clientela do sistema penal. Tornar a política criminal de drogas um sistema bélico, voltado à destruição do *hostis*, pode ser apenas um aprimoramento tecnológico desse combate, no qual já não se reconhecia a determinados substratos sociais como merecedores de igual tutela de direitos. Após identificada sua figura,

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

⁹¹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

⁹² MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75: "[...] no que tange ao conceito de Direito penal do inimigo, e considerando o grande eco da teoria de Jakobs na América latina, é necessário sublinhar que essa aproximação teórica não é 'ideologicamente inocente', precisamente em países como a Colômbia, nos quais 'esse Direito penal do inimigo é praticado'.

⁹³ CARVALHO, *op. cit.*, p. 159.

aplicada a lógica proposta, o regramento tanto dogmático quanto processual são desviados pelo funcionalismo, passando o inimigo a não mais usufruir das garantias, direitos e “*benesses próprias do conceito de pessoa*”.⁹⁴

Nesse ponto, chega-se ao questionamento central da doutrina do inimigo: como é possível, dentro do contexto atual de garantia de direitos, conviver com uma concepção que afasta determinados indivíduos da concepção de pessoa. Aliás, como é possível inscrever no Direito uma concepção de inimigo sem abdicar da vigência formal da Constituição?

2.3 A permanência da exceção: o Estado Policial latente

“O conceito de *inimigo* nunca é compatível com um Estado de Direito nem com os princípios do liberalismo político”
(Eugênio Raúl Zaffaroni)

Sob os paradigmas clássicos do Estado de Direito e da cidadania liberal, não há espaço para o conceito de inimigo, pois, se a sua mera existência significa a ruína do contrato social, sua identificação seria ela mesma a assunção de que os princípios que o fundam nunca foram nada além de promessas vazias. Dessa afirmação, busca-se entender, então, qual o espaço dentro da sistemática constitucional ocidental encontrado para a reprodução desse conceito.

Ao criticar a posição de Günther Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo, Eugenio R. Zaffaroni afasta-o das concepções contratualistas clássicas para aproximá-lo de Carl Schmitt, autor conhecido pela revisão do conceito romano de *hostis*, pelo desenvolvimento de uma teoria própria do poder soberano e pela concepção de guerra permanente.⁹⁵ Ao considerar que, em determinados momentos, o Estado de Direito se vê premido por uma situação de necessidade e que, nessa situação, o próprio poder deve agir em um sentido protetivo, determinado quem seria o inimigo que o acossa, entrelaçam-se suas concepções. Ter-se-ia que “*o Estado de direito concreto de Jakobs, deste modo, torna-se inviável, porque seu*

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011, p. 150.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 149.

soberano, invocando a necessidade e a emergência, pode suspendê-lo e designar como inimigo quem considerar oportuno [...]”.⁹⁶

No entanto, essa concepção afasta-se um pouco daquela que produz diariamente inimigos dentro da política criminal de drogas, pois pressupõe que caberia a um poder soberano, politicamente localizado, a decisão sobre a necessidade e a emergência - conceitos não bem esclarecidos⁹⁷ -, argumentos justificadores da suspensão, ainda que temporária e também localizada, do Estado de Direito. A concepção que aqui se pretende retratar encontra-se mais próxima daquela apresentada por Giorgio Agamben, ao contrapor teoricamente os conceitos de emergência em Walter Benjamin e Carl Schmitt, e apresentar uma estrutura oculta da política da modernidade: subjacente à tríade Estado de Direito/esfera pública/cidadão, estariam os correspondentes estado de exceção/campo/vida nua.⁹⁸

Sobre a concepção de Giorgio Agamben acerca do estado de exceção, construída a partir de uma pesquisa genealógica do instituto romano do *iustitium*, pode-se concluir o seguinte

1) O estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas - e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado - estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou restauração de um originário estado pleromático do direito (os “plenos poderes”). Mas igualmente falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. O estado de necessidade não é um “estado de direito”, mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado e natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito).

2) Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia. Por um lado, o vazio jurídico de que se trata no estado de exceção parece absolutamente impensável pelo direito; por outro lado, esse impensável se reveste, para a ordem jurídica, de uma relevância estratégica decisiva e que, de modo algum, se pode deixar escapar.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011, p. 163.

⁹⁷ E que não deveriam sê-lo, ao ponto de limitar o próprio poder que os decide, soberano, que não deveria *a priori* possuir limitações. Delimitar o que significa necessidade ou emergência seria, inevitavelmente, por rédeas ao que, por essência, não pode ser limitado. Nesse sentido, v. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 46-47.

⁹⁸ PINTO NETO, Moisés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 36.

3) O problema crucial ligado à suspensão do direito é o dos atos cometidos durante o *iustitium*, cuja natureza parece escapar a qualquer definição jurídica. À medida que não são transgressivos, nem executivos, nem legislativos, parecem situar-se, no que se refere ao direito, em um não lugar absoluto.

4) É a essa indefinibilidade e a esse não lugar que responde a ideia de uma força de lei. É como se a suspensão da lei liberasse uma força ou um elemento místico, uma espécie de maná jurídico (a expressão é usada por Wagenvoort para definir a *autorictas* romana [Wagenvoort, 1947, p. 106]), de que tanto o poder quanto seus adversários, tanto o poder constituído quanto o poder constituinte tentam apropriar-se.⁹⁹

Ao lado dessa problematização, o autor desenvolve, também, as ideias de *vida nua* e de *campo*. A primeira delas é identificada conjuntamente com o poder soberano que suspende as regras sem sua respectiva revogação, pois esse mesmo poder "*atua sobre a figura da vida nua - uma vida desprovida de todo e qualquer direito, exposta - completamente à mercê da decisão soberana que atua com força de lei*".¹⁰⁰ Através da relação relação vida nua/poder soberano, identifica-se o que se chama de poder biopolítico: a politização - ou entrada na *polis* - da vida nua, que era a regra no estado de natureza. Esta é a situação do inimigo dentro da estrutura jurídica: vida nua submissa ao poder soberano, ou seja, que não conhece limitações.

Soma-se a esse contexto a concepção de *campo* enquanto "*paradigma biopolítico significa um espaço absoluto de exceção, o limiar onde direito e fato se confundem - onde tudo é possível*"¹⁰¹, sendo esse o espaço onde o poder soberano transforma a vida em vida nua, separando cidadão de inimigo para "manter a ordem" ou "eliminar o perigo".¹⁰²

Embora a mensagem repassada pelos Movimentos de Lei e Ordem, já analisada acima, seria a de que a redução da criminalidade e da violência seria obtida com maior esforço (violento) e maior investimento (na repressão), a verdade é que os resultados efetivamente *buscados* pela política criminal de guerra às drogas estão sendo produzidos no dia-a-dia, no sentido de neutralizar o inimigo. Há, aí, uma certa incompatibilidade, pois coloca-se a população frente aos conceitos de anormalidade, como guerra civil ou desordem, causada pelos efeitos diretos e indiretos do tráfico ilícito de drogas, para, na verdade, apresentar formas discursivas

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 78-79.

¹⁰⁰ PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 28.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰² *Ibid.*, p. 42.

que dão o caráter anormal ao que é normalizado¹⁰³: a excepcionalidade do agir estatal.

Em sua *Oitava Tese sobre a História*, Walter Benjamin afirmava que "*a tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade*"¹⁰⁴, ou seja, é necessário afirmar que, mesmo dentro do paradigma do Estado de Direito, as exceções produzidas são a regra e não, ironicamente, a exceção. Essa ideia contrapõe frontalmente o pensamento schmittiano, segundo o qual a exceção não pode se tornar regra, perdendo sua essência. Se assim fosse, não haveria nada além de uma zona anômica na qual age uma violência sem qualquer referibilidade jurídica.¹⁰⁵

Conforme Giorgio Agamben

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se um das práticas essenciais dos Estado contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.¹⁰⁶

O primeiro ponto de aproximação entre os pensamentos aqui trazidos e que merece especial atenção é a função *protetiva* que o Estado deve assumir ao ser ameaçado. Ambos Günther Jakobs e Carl Schmitt identificam a figura de um agente desestabilizador, que legitimaria a existência de um tratamento diferenciado, e ambos tentam *estabilizar o tratamento à desestabilização*. Enquanto a proposta de Jakobs é a de que o sistema penal precisa criar um Direito Penal do Inimigo, a fim de evitar sua desagregação, Schmitt busca inscrever a suspensão da própria ordem jurídica, através da decisão soberana, em um contexto jurídico, e *não político*.¹⁰⁷

À primeira vista, a ideia de estado de exceção como suspensão de toda a ordem jurídica leva ao pensamento de que o direito não poderia abarcar sua ideia, sob pena de levar para dentro de si o não-direito, mas Schmitt efetiva essa ligação

¹⁰³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

¹⁰⁴ BENJAMIN, Walter. Magia e técnica, arte e política - **Ensaio sobre literatura e história da cultura - Obras escolhidas**. Vol. 1. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 222-232.

¹⁰⁵ PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 24.

¹⁰⁶ AGAMBEN, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 54.

através de dois elementos jurídicos distintos e autônomos entre si: a norma e a decisão.¹⁰⁸ Através da decisão, “o estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”. É essencial, para Schmitt, que a ideia de exceção mantenha uma relação íntima com a ordem jurídica, havendo uma articulação entre ambos.

Nesse sentido encontrar-se-ia o pensamento de Günther Jakobs, ao “admitir a existência de uma ‘duplicidade’ permanente e imanente no ordenamento jurídico, permitindo que funcionem, simultaneamente, um Estado de Direito e um Estado de Exceção”¹⁰⁹, pois disso necessariamente dependeria a distinção cidadão *versus* inimigo com base em critérios de perigo ao Estado de Direito. Inscreve-se, portanto, o conceito de inimigo no que seria a exceção permanente.

É precisamente o conceito de pessoa que permite a Jakobs propor esse intervalo entre Direito Penal do Inimigo e as normas constitucionais, deixando-as em suspenso. A ficcional “necessidade” (que Agamben identifica não ser o traço determinante do estado de exceção) é justificada na ausência de “pacificação interna”. Mas essa digressão deverá passar, exatamente, por como é possível “esvaziar” o significado do termo “pessoa”, previsto no texto constitucional, para, nesse espaço entre norma e aplicação, fundar-se um Direito Penal do Inimigo. Isso deveria conduzir-nos à perplexidade: como pode o autor estabelecer uma exceção onde os textos constitucionais do mundo ocidental são perfeitamente claros.¹¹⁰

Embora Jakobs veja na formalização do Direito Penal do Inimigo a garantia de existência de um Direito Penal do Cidadão, pois a distinção permitira que o primeiro não maculasse o segundo com suas inspirações¹¹¹, a verdade é que única forma possível de inscrição na ordem jurídica do tratamento diferenciado do *hostis* é aquela que, na verdade, indetermina seus limites, que é o espaço exceção/campo/vida nua de Agamben. A tentativa de inscrever a exceção na ordem jurídica possibilitaria a expansão ilimitada do Direito Penal do Inimigo, porque a concepção

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 57-58. Para tentar resolver a problemática do estado de exceção dentro da ordem jurídica, Schmitt acrescenta à discussão o elemento da decisão. Ao suspender a norma, o estado de exceção revela em absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico, que é a decisão. São elementos autônomos entre si (decisão e norma). Dentro de uma decisão jurídica, o espaço de decisão em um caso tomado como normal pode ser aproximado do mínimo, assim como, em um caso excepcional, uma norma pode ser reduzida ao mínimo para abrir espaço para uma decisão. A “forma anulada e suspensa” não estaria, portanto, nem fora nem dentro do Estado de Direito. “[...] estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção”.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹¹⁰ PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, pp. 24-25.

¹¹¹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

limiar da exceção visa justamente romper os limites estabelecidos pelo ordenamento.¹¹² A premissa de que é possível controlar a exceção por meio do Direito é falsa por representar uma contradição em si mesmo

Nesse contexto, é possível identificar espaços de exceção criados com regularidade - uma exceção permanente - , na indistinção entre fato e norma, principalmente quando o assunto é a ação policial dentro da política criminal de enfrentamento às drogas. Ao policial em atuação no *front* é conferida não uma legitimação extraordinária ou um poder soberano pela emergência da situação, mas sim uma legitimação mística de *força de lei sem lei*, que é permanente. Tudo isso é legitimado pelos discursos de proteção contra o inimigo, representante do mau manipulado, em defesa da sociedade.

[...] a exposição de indivíduos na sua vida nua já é realidade, à medida que, como anotamos atrás, existe um estado de exceção que opera de forma subterrânea no coração da ordem jurídica, por meio de noções como “periculosidade” ou “conduta social”. A novidade do Direito Penal do Inimigo é a *legitimação jurídica* de tais mecanismos, abrindo a possibilidade da “especialização” da exceção em um grande campo, que constituiria, a rigor, a *totalidade* das relações sociais.¹¹³

Mas, afinal, quem são esses indivíduos que já se encontram expostos à vida nua e ao poder desmedido da exceção, que não encontra limites e é violência pura¹¹⁴, justificada pela manutenção do próprio direito mediante a sua suspensão? Os aparelhos da repressão punitiva tem a resposta gravada em sua atuação, pois o controle social operado sempre lhes teve em alta conta: os desajustados sociais, os estratos excluídos da população, os mais torturáveis¹¹⁵, os despossuídos¹¹⁶, os insubordinados homens de cor: “*índios, negros, mestiços de toda a espécie*”¹¹⁷, enfim, as vidas matáveis¹¹⁸. É contra eles que o Estado de Direito se revela apenas

¹¹² PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 44.

¹¹³ *Ibid.*, p. 43.

¹¹⁴ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 81.

¹¹⁵ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 142.

¹¹⁶ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 154.

¹¹⁷ D'ELIA FILHO, *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁸ Em Agamben, a vida matável é aquela do *homo sacer*, que, sendo julgado por um delito, não pode ser sacrificado, mas também não comete homicídio quem o matar. É como se a pessoa fosse posta para fora da jurisdição humana e, mesmo assim, não atingisse a esfera divina. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. por Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 79ss. Sobre a relação de captura do inimigo apenas em sua “matabilidade”, v. PINTO NETO, *op. cit.*, pp. 31-32.

como formalidade, sendo, ao contrário, a regra que estejam submetidos a um Estado de Polícia¹¹⁹.

2.4 A formação social da cidadania negativa e da subcidadania

Se os direitos e garantias fundamentais de base liberal são erigidos como proteção de todas as pessoas, consideradas individualmente, perante a força descomunal do Estado, a única forma de afastá-los é negando a condição de pessoa. O *outro*, inimigo, seria, portanto, aquele que não possui materialmente o *status* pleno de cidadania.

Embora o Estado Democrático de Direito possa ser visto como uma trincheira de enfrentamento ao paradigma da exceção, esse discurso tenta abrir espaços de infiltração para fazer valer a concepção autoritária do inimigo social e consegue fazê-lo, permanentemente. Mesmo não se tendo um estado ditatorial que se afirme como tal, a realidade brasileira demonstra a convivência harmônica entre o modelo clássico de proteção da cidadania e o estado policial. Isso ocorre porque, mesmo com a Constituição da República de 1988, uma parte da população continua a ser submetida a violações e arbítrio por parte do Estado, enquanto outra, conquanto também sinta as consequências de resquícios autoritários, vive sob um Estado de Direito formal e material.¹²⁰

No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a suprimir integrem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém, como não ser.¹²¹

De fato, a mera existência de constituições formalmente vigentes não altera o quadro de violações cometidas pelos próprios Estados constituídos. Nesse quadro, importante ressaltar que a ideia de cidadania liberal, como um conjunto universal de

¹¹⁹ Aqui, o termo é adotado a partir da concepção de Eugenio R. Zaffaroni, quando descreve um estado que tem o monopólio da violência estatal (novamente Max Weber), mas que é limitado pelos direitos fundamentais constitucionalmente previstos; toda vez que o Estado Democrático de Direito é fragilizado, emerge o Estado de Polícia, que permanecia ali latente, em ação de pura força autoritária e arbitrária. O autor defende essa ideia ao sustentar sua teoria agnóstica da pena, segundo a qual a pena legalmente prevista teria como função a simples contenção do poder estatal desmesurado que poderia emergir no Estado de Polícia. V. GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, pp. 178-179.

¹²⁰ *Ibidem*, p.129.

¹²¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154.

direitos, embora abstratamente seja um consenso nos estados ocidentais, não pode ser vista como unívoca, a fim de suprimir realidade. Daí a importância da análise de Jessé Souza acerca da constituição da modernidade periférica¹²². Segundo o autor, para que haja “eficácia social da noção de cidadania”, deve-se ter em conta, como pressuposto, um processo de “transformação social de homogeneização”, o que não foi definitivamente levado à cabo na formação social brasileira, especialmente pela instituição de um regime escravista violento, duradouro e posteriormente irresponsável.¹²³

Em uma sociedade marcadamente desigual como a brasileira, *“a aparente normalidade que acompanha os atos de violência policial contra a população empobrecida, [...] deve ser vista a partir da dicotomia entre a ideia de cidadão (sujeito de direitos) e a de não-pessoa, o acusado ou bandido”*.¹²⁴ Nesse contexto, o inimigo identificado como tal deve ser percebido não só como um produto da atuação das agências repressivas, mas também como uma representação social por elas sufragada e posteriormente reproduzida. As marcas de uma sociedade desigual, portanto, são visíveis na construção social da figura do inimigo que, no sistema jurídico brasileiro, é resultado de um discurso de insegurança, como visto acima, aliado a critérios eminentemente racistas.¹²⁵

Com efeito, há uma relação direta entre os discursos das agências penais e a sociedade escravista brasileira¹²⁶, e o *locus* desse problema pode ser visto a partir da transição entre a ordem escravocrata à ordem competitiva.¹²⁷ Dissolvido formalmente o regime da escravidão, negros e negras foram abandonados à sua própria sorte e os restava apenas o deslocamento social da nova sistemática, pois não bastaram todas as formas de violência sofridas no período antecedente. Agora, eles teriam de se adequar a uma nova formatação social, na qual já ingressavam excluídos.

¹²² A crítica é importante, pois o estudo da história dos direitos, na clássica divisão geracional entre liberais, prestacionais, difusos, sempre mostrou uma perspectiva linear e alienígena, na maior parte das vezes eurocêntrica, sem se preocupar na forma em que se constituem os Estados que não carregam em si o sinal da hegemonia. V. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 81ss.

¹²³ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 138.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 134.

¹²⁵ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 220.

¹²⁶ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 135.

¹²⁷ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 154.

Ele [o negro] não apresentava os pressupostos sociais e psicossociais que são os motivos últimos do sucesso no meio ambiente concorrencial. Faltava-lhe vontade de se ocupar com as funções consideradas degradantes (que lhe lembravam o passado) - pejo que os imigrantes italianos, por exemplo, não tinham -; não eram suficientemente industriais nem poupadores e, acima de tudo, faltava-lhes o aguilhão da ânsia pela riqueza. Neste contexto, acrescentando-se a isto o abandono dos libertos pelos antigos donos e pela sociedade como um todo, estava, de certo modo, prefigurado o destino da marginalidade social e da pobreza econômica.¹²⁸

Isso ocorre porque o abandono do regime de escravidão se dá conjuntamente com o surgimento de um novo arranjo social: o sistema competitivo - mesmo que ainda arcaico - do mercado de trabalho. Os postos de emprego existentes, dados os entraves opostos ao negro¹²⁹, foram sendo ocupados pelos imigrantes europeus, restando a um grande contingente de pessoas "os interstícios e as franjas marginais do sistema", nos postos mais precarizados e nas atividades vinculadas à criminalidade e à *malandragem*¹³⁰, carregando toda a sorte de estigmas.

A penetração da ideologia do trabalho se cristaliza na sua antítese: a malandragem. Se os capoeiras representavam a resistência coletiva à sociedade escravista, os malandros, na passagem do capitalismo, personificam um caráter carioca que se estende ao resto do país, para compor um caráter nacional, muito importante ao processo de ideologização da nova ordem burguesa. Se os capoeiras precisavam ser extintos violentamente, a malandragem devia ser incorporada, em sua resistência à ordem, como constitutiva do "caráter nacional".¹³¹

Partindo da lição de Erving Goffman, Vanessa Chiari Gonçalves ressalta que o conceito de estigma, nesse contexto, possui uma dupla via: enquanto um indivíduo ou grupo é estigmatizado por uma característica em especial, ele também está sendo estigmatizado por outro motivo, de modo que tanto o normal quanto o estigmatizado não são pessoas *em si*, mas perspectivas geradas em situações

¹²⁸ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, pp. 154-155.

¹²⁹ Jessé descreve que o principal argumento trazido por Florestan Fernandes à questão da (não) integração do negro na sociedade é que a ânsia em se libertar das condições de violência e da submissão humilhante impediam-no de se tornar alguém competitivo dentro do mercado de trabalho, pois algumas das demandas da nova ordem eram apenas renovações do vínculo escravagista. "Assim, o liberto tendia a confundir as obrigações do contrato de trabalho e não distinguia a venda da força de trabalho da venda dos direitos substantivos à noção de pessoa jurídica livre. Ademais, a recusa a certo tipo de serviço, a inconstância no trabalho, a indisciplina contra a supervisão [...] tudo conspirava para o insucesso das novas condições de vida e para a confirmação do preconceito." (SOUZA, *op. cit.*, p. 155.)

¹³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60.

¹³¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

sociais.¹³² No caso da população negra liberta, enquanto ela estigmatizava o branco, então capitalista, resistindo a submissão do trabalho formal, recebia esse estigma de volta, mas na forma de uma representação de indisciplina, vadiagem e delinquência.¹³³ O preconceito derivado do estigma é o que conforma a ideia de uma personalidade improdutiva, gerando, no imaginário social, a vinculação com o crime e a desordem.

Vê-se, portanto, que é possível ler essa realidade de violência a partir das marcas profundas de desigualdade social e racismo que atravessam o imaginário social e as próprias estruturas do Estado. De fato, há *"uma relação direta entre o estado de exceção permanente e o tipo de estado capitalista subdesenvolvido"*¹³⁴, sendo que a perspectiva do estigma, potencializada na realidade e reiterada por anos, atinge cada vez mais um patamar mais alto de legitimação. Como o discurso capitalista se baseia na ideia de legitimidade da desigualdade econômica e na representação da meritocracia como indicador de equidade, cada vez mais o elemento subjetivo produzido é o de que determinados segmentos sociais não prestam.

O modelo de produção capitalista auxilia na explicação da desigualdade socioeconômica, que, no Brasil, devido às suas peculiaridades históricas está vinculada à formação de uma subcidadania. A condição de subcidadania é pressuposto para que o indivíduo seja enquadrado na categoria de torturável, no âmbito do Estado Democrático brasileiro e explica a realidade de aceitação da violência policial, mesmo por parte dos estratos excluídos, de onde são selecionados os alvos do sistema penal.¹³⁵

A ideia de subcidadania é, portanto, pressuposto para que não seja alcançado ao indivíduo todo rol de direitos e garantias legal ou constitucionalmente escritas para protegê-lo de abusos estatais. Na mesma medida em que são violadas a integridade física e a vida desses indivíduos, também o são as suas residências, como o presente trabalho pretende expor.

Alia-se ao construto teórico da subcidadania à concepção de Nilo Batista acerca da cidadania negativa. Ao referir-se ao sistema penal genocida instalado em nossas instituições, por meio de uma análise histórica do período da escravidão, o autor conceitua que essa ideia de cidadania restringe-se apenas ao conhecimento e

¹³² GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 139.

¹³³ *Ibid.*, p. 140.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 113.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 141.

exercício dos limites formais à intervenção coercitiva do Estado. Nela, *"os setores vulneráveis, ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem a cidadania pelo seu avesso, na 'trincheira auto-defensiva' da opressão dos organismos do nosso sistema penal"*.¹³⁶ É dizer, quem tem cidadania negativa relaciona-se com o Estado apenas da perspectiva penal - e mesmo nela, ainda caberia refletir se, nessa condição, ainda lhe seriam garantidos os procedimentos.

Diante desse contexto, é possível afirmar que prescindir do controle repressivo-penal às drogas é, portanto, dispensar o controle social às populações pobres, em sua forma de subcidadania. É deixar ao vácuo de poder estatal uma massa disforme e expressiva de pessoas que não estão sujeitas aos demais controles formais do poder estatal porque o Estado não chega a elas por outras vias, atingindo-as apenas pelo *braço penal*. Ao analisar a crise referencial democrática da entrada do último milênio, Tarso Genro descreve que os conflitos vividos no debate entre pobreza e liberdades políticas *"podem ser compatibilizadas pelo controle social fundado em aceitações culturais e na manipulação de informações. Ou mesmo no recurso à força legalmente exercida em momentos especiais de instabilidade"*.¹³⁷ Em discordância da parte final dessa afirmação, o uso da força estatal tem sido levado aos seus limites corriqueiramente, senão os ultrapassando, tudo em prol de determinados discursos político-criminais que se apresentam como última tendência de pensamento.

Ainda que a defesa do Estado Democrático de Direito e da concepção clássica de cidadania liberal, inscrita nas constituições modernas e garantida pelas instituições, especialmente o Poder Judiciário, pareça um mero retorno à posição fetal iluminista¹³⁸, essa parece uma das únicas possibilidades de enfrentamento da exceção que avança. Enfim, as chaves interpretativas para a compreensão de nossa política criminal de guerra às drogas estão dadas. Basta, agora, utilizá-las.

¹³⁶ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 57.

¹³⁷ GENRO, Tarso. **Crise da democracia: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global**. Petrópolis RJ: Vozes, 2002, p. 14.

¹³⁸ Expressão cunhada por Vera Regina Pereira de Andrade. V. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 81, pp. 339-356, novembro de 2009, p. 341: *"é neste campo que se teoriza, dogmática, aberta e cinicamente, acerca da antecipação da tutela penal e do 'Direito penal do inimigo', que se contrapõe ao Direito Penal dos 'Cidadãos', descoberto e coberto, respectivamente, de garantias penais e processuais penais (Jakobs, 2003), e assistimos à emergência, reativa, de um movimento jurídico-penal garantista, um retorno à posição fetal iluminista, em que todos se dizem defensores dos direitos humanos contra a barbárie punitiva"*.

3. A política jurisdicional exposta: o tratamento dado às violações de domicílio cometidas pelo próprio Estado

*"[...] quando o Judiciário passa a pensar que uma de suas funções é o combate à criminalidade, ele se afasta da posição de garantidor de direitos e liberdade para agir como mais uma arma apontada para a população."
(Luís Carlos Valois)*

Para que a política criminal pensada sobre essas bases *dê certo*, ou seja, obtenha os resultados a que se propõe, o discurso beligerante da guerra às drogas deve, necessariamente, contar com a anuência de todas as instâncias das agências repressivas, que reverberam, cada uma em sua parcela de competência, as mesmas premissas e as mesmas falácias. Isso ocorre porque uma característica imprescindível de uma guerra, seja ela declarada ou não, é homogeneizar os pensamentos e ações contra algo ou alguém, ou contra uma ideia, uma forma de ser, uma nacionalidade, geralmente materializada na figura do inimigo. Na teoria clássica da guerra, Sun Tzu dizia ser necessária uma espécie de "lei moral", que colocasse todo o povo em completo acordo com seu governante.¹³⁹ Daí a importância da propaganda estatal nesses momentos, a fim de causar confluência e consenso sobre o que se deve combater. Também *"a guerra às drogas convoca todos o mecanismos do Estado"*.¹⁴⁰

Nesse contexto, é possível identificar uma permanência mais explícita, mesmo após a redemocratização, de práticas autoritárias dentro das agências policiais, especialmente aquelas identificadas com os valores do militarismo e que reforçam a tríade Lei e Ordem, Defensivismo e Segurança Nacional. Esses mesmos discursos, no entanto, também se encontram presentes nas demais instituições responsáveis pelo controle social-penal, aí incluídos o Ministério Público e o Poder Judiciário. Este último, foco principal deste trabalho, tem um papel fundamental nessa correlação de forças, pois a ele caberia a guarda última da Constituição, mantendo firmes seus princípios, direitos e garantias.

Muitas vezes, no entanto, o *script* institucional dado pelo texto constitucional é deslocado, tornando a atuação do judiciário mera reprodução de um discurso

¹³⁹ SUN TZU *apud* BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, volume 20/1997, pp. 129-146, outubro de 1997, p. 139.

¹⁴⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 421.

homogêneo, indistinto, perante órgãos que foram pensados com composições e papéis diversos justamente para que um atuasse nas falhas do outro. Conforme Nilo Batista

[...] o modelo bélico de política criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, a começar pela contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido (= condenado). Tal contradição ficará exposta nas múltiplas tolerâncias para com as violações a o devido processo penal, no preconceito generalizado contra as garantias constitucionais dos acusados por tráfico de drogas, que alcançam também os democratas que não transigem com os direitos humanos.¹⁴¹

Como a análise realizada até agora baseou-se essencialmente nas representações culturais e institucionalizadas brasileiras - e nos discursos por elas reproduzidos -, também é importante anotar que o desenho institucional da estrutura jurisdicional, em quase toda a América Latina, funciona como uma caótica cópia de modelos europeus e norte-americanos, de épocas e de matrizes filosóficas diversas. Se assim é o modelo posto, também a teoria política acerca da jurisdição não é muito diferente e, nas palavras de Zaffaroni, *quase brilha por sua ausência*.¹⁴²

Mesmo assim, o paradigma que se tem é este, o do Estado Democrático de Direito, constitucionalmente erigido, e é com base nele que será analisada a atuação do Poder Judiciário, quando provocado a tanto, no que se refere a um dos persistentes abusos policiais na política criminal de combate às drogas: a violação de domicílio para apreensão de drogas. Afinal, se essa prática é reiterada pelas agências policiais, mesmo sendo vedada pelo texto constitucional, alguma legitimidade já lhe foi reconhecida pelo órgão por onde, inevitavelmente, passam aquelas ações que foram consequentes, ou seja, que resultaram na apreensão de drogas.

Dadas as chaves interpretativas do problema, o presente capítulo pretende abordar, em primeiro lugar, qual era o tratamento anteriormente adotado pelo judiciário para as buscas domiciliares realizadas por policiais sem autorização judicial, dentro do contexto da política criminal de combate ao tráfico de drogas. Em segundo plano, pretende-se apresentar a alteração de entendimento capitaneada

¹⁴¹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997, pp. 140-141.

¹⁴² Tradução livre. Texto original: "*Esto tiene su causa en que la teoría política de la jurisdicción en América Latina casi brilha por su ausencia, salvo muy contadas y honrosas excepciones*". (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Dimensión política de um poder judicial democrático. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, pp. 19-46, outubro de 1993, p. 19).

pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 603.616/RO, no qual se fixou nova tese, em superação daquela anteriormente adotada. A partir dessa nova interpretação, propõe-se o tensionamento de alguns dos conceitos por ela adotados, especialmente sobre os significados atribuídos ao requisito das fundadas razões e ao surgimento de uma nova justa causa dentro dos marcos do processo penal. Ambos terão central importância na posterior verificação da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca de sua utilização, o que será tema do capítulo seguinte.

3.1 A superação do entendimento anteriormente adotado

“Nós ingressamos sem mandado porque o crime de tráfico, até aonde me consta, não preciso de um mandado e uma vez que ele está numa situação de flagrante...”
 Policial militar ouvido no processo n. 001/2.13.0060972-7

O tipo penal previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 possui 18 (dezoito) verbos nucleares, podendo ser praticado em diversas modalidades, separadas ou conjuntamente. É o que a doutrina passou a chamar crime de ação múltipla ou de conteúdo múltiplo¹⁴³, sendo várias também as suas formas de constatação e investigação pelas agências repressivas, que se especializam em diversas frentes, como o tráfico no atacado e no varejo - em larga ou pequena escala -, o transporte, o depósito, entre outras formas. Algumas delas, como a *entrega* ou o *fornecimento a terceiro*, são condutas que se exaurem com a tradição da droga¹⁴⁴, podendo também ser chamadas instantâneas¹⁴⁵, o que dificulta sua constatação sem a colaboração do usuário-adquirente, apenas pela ação policial.¹⁴⁶

¹⁴³ PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 48.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 39. Ver também FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 95.

¹⁴⁶ Dificultava, ao menos, pois as técnicas policiais mais recentes já permitem essa constatação por policiais com a utilização da figura do agente infiltrado, prevista no artigo 53, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006 e artigos 10 e seguintes da Lei n.º 12.850/2013. Especificamente sobre a atual utilização dessa medida, ver RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Limites à investigação policial: os privilégios/direitos do cidadão no Estado Constitucional e Democrático de Direito e o papel contramajoritário da Constituição, pp. 42-43. In: LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Müller; ALBUQUERQUE NETO, Aristides Pedroso...[et al.]. **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: dos crimes aos ilícitos de natureza pública incondicionada**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2015.

Outras, como o *ter em depósito*, permanecem em constante estado de consumação. É o que a dogmática penal classifica como crime permanente, isto é, “a ação delituosa se alonga no tempo, gerando a contínua perpetração do delito”.¹⁴⁷

Conforme Gilberto Thums e Vilmar Pacheco

Algumas condutas constituem crimes permanentes, isto é, a consumação do crime se prolonga no tempo, permitindo a prisão em flagrante enquanto não cessar a permanência. Por exemplo, quem guarda droga em casa está em estado de flagrância permanente [...] Nem todas as condutas expressam situação de permanência. Algumas são instantâneas (oferecer, prescrever, ministrar, entregar), enquanto outras são permanentes (preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, expor à venda); depende da complexidade dos atos que dão conformação à conduta típica.¹⁴⁸

Citando o conceito proposto por Silvio Ranieiri, Rogério Lauria Tucci traz que o crime permanente é aquele em que

[...] all’inizio della consumazione segue uno stato antiggiuridico duraturo per il protrarsi della condotta volontaria del soggetto, così che il reato si esaurisce soltanto con il cessare di questa. In tali reati, pertanto, il fatto è caratterizzato dallo stato antiggiuridico duraturo che si protrae nel tempo per la condotta del soggetto stesso, che può farlo cessare e che, nella struttura del reato, si pone come requisito necessario.¹⁴⁹

Essa conceituação é essencial para entender quais as bases legais argumentadas na defesa do entendimento anteriormente sustentado tanto pela jurisprudência como por parcela da doutrina acerca do ingresso domiciliar sem a presença de mandado judicial.

¹⁴⁷ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 92.

¹⁴⁸ PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 38.

¹⁴⁹ RANIERI *apud* TUCCI, Rogério Lauria. Tráfico de drogas. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 846, pp. 475-481, abril de 2006, p. 476. Em tradução livre, feita pelo próprio autor: “[...] ao início da consumação segue-se um estado antiggiuridico duradouro pelo prolongamento da conduta voluntária do agente, tanto que o crime se exaure somente com a cessação desta. Em tais infrações penais, portanto, o fato é caracterizado pelo estado antiggiuridico duradouro que se prolonga no tempo, em decorrência da vontade do próprio agente, que pode fazê-lo cessar e que, na estrutura do crime, se põe como requisito necessário”. (TUCCI, *op. cit.*, p. 479)

Outra importante consideração inicial a ser feita é que o tráfico ilícito de drogas, embora recente oscilação jurisprudencial¹⁵⁰, sempre foi considerado crime que deixa vestígios. Isso se dá ao menos na maior parte de suas condutas, para as quais se faz necessária a apreensão da substância ilícita e a realização de laudo definitivo, por perito qualificado, para constatação final de sua prática.¹⁵¹ Nesse sentido, a atuação policial na elucidação desses crimes é muito voltada às intervenções fáticas, buscando-se a obtenção desse tipo de prova, especialmente com as buscas e apreensões, sejam elas domiciliares ou pessoais. Como o presente trabalho possui um foco determinado, manter-se-á a atenção apenas sobre a práxis das *buscas domiciliares*.

Nesse específico contexto, sem ainda adentrar na amplitude do conceito de domicílio, casa ou residência, é assente que toda e qualquer busca realizada em imóvel habitado é, em certa medida, uma restrição¹⁵² ao direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República de 1988, norma central à presente reflexão e, por isso, aqui transcrita

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

 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;¹⁵³

¹⁵⁰ Fala-se da recentíssima decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.544.057/RJ, no qual firmou-se que, excepcionalmente, a prova da materialidade do tráfico ilícito de drogas pode ser suprida por outros meios, mesmo sem que seja feito laudo definitivo, atestando a toxicidade da substância: *"muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito"*. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.544.057/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 26 out. 2016. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542772&num_registro=201501734967&data=20161109&formato=PDF >. Acesso em 20 out. 2016.

¹⁵¹ PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 41.

¹⁵² Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 345. Também nessa linha: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 441.

¹⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 out. 2016.

Desse dispositivo extrai-se a garantia da inviolabilidade do domicílio, como é comumente chamada, que se encontra prevista conjuntamente com um vasto grupo de outros direitos e garantias de cariz liberal, também chamados direitos de *não-intervenção* ou liberdades individuais. A sua menção nas constituições ocidentais remonta ao tempo do Estado Liberal, quando a necessidade política mais premente era limitar o poder absoluto do Monarca¹⁵⁴, e se faz presente no famoso brocardo do liberalismo inglês, ainda hoje repetido, “*my house is my castle*”.¹⁵⁵ No Brasil, a primeira previsão expressa dessa garantia se fez na Carta Imperial de 1824.¹⁵⁶ Hoje, a proteção ainda faz sentido, pois segue sendo instrumento de garantia da privacidade, evitando que ingerências tanto horizontais (de outras pessoas) como verticais (do Estado para com o indivíduo) tornem impossível o seu exercício.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes afirmam que o domicílio delimita-se em um “*espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão de terceiros e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima*”.¹⁵⁷ A fim de, efetivamente, garantir um espaço de não-intervenção, tanto estatal como de terceiros, e permitir a realização positiva do direito fundamental à privacidade, sua proteção vai muito além daquela conferida a um mero direito patrimonial. A reforçar seu caráter de direito fundamental liberal, há entendimento, inclusive, de que seria uma forma de “*liberdade física espacializada*”.¹⁵⁸

¹⁵⁴ FERREIRA, Pinto Luiz. A concepção dos direitos individuais e as ilusões constitucionais. São Paulo, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 1, p. 274-281, Editora Revista dos Tribunais, outubro de 1992, p. 274.

¹⁵⁵ Em tradução livre, a expressão, que tem ainda forte presença no contexto norte-americano, significa “*minha casa é meu castelo*”. (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 337). Vale ressaltar, como fonte histórica, o que traz Clademir Missaggia, citando o discurso de Lord Chatam ao parlamento inglês: “*O mais pobre dos homens pode desafiar na cabana as forças da Coroa. Embora a moradia ameace a ruína, ofereça o teto larga entrada à luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de toda a casa o seu ludíbrio, não importa: acha-se garantida a choupana humilde contra o Rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquele miserável reduto*”. (MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro, p. 13. Porto Alegre, **Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência**. Ano XXVII - nº 85 - Tomo I. 2002)

¹⁵⁶ A previsão encontrava-se assim descrita “*todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar*”. Sobre o tema, estabelecendo uma linha cronológica, SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, pp. 545-546.

¹⁵⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 329.

¹⁵⁸ MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro, p. 13. Porto Alegre, **Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência**. Ano XXVII - nº 85 - Tomo I. 2002.

Essa garantia, contudo, como todo instrumento de proteção dos demais direitos fundamentais constitucionalmente previstos, conhece limitações dispostas no próprio texto constitucional, podendo haver ingerência estatal, desde que cumprido o regramento para tanto, por meio da medida acima mencionada, que é muito comumente utilizada na política criminal de drogas: a busca e apreensão domiciliar. Antes de adentrar a hipótese de relativização do flagrante delito, aquela que motivou a virada de entendimento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, é importante se ter em conta também o regramento infraconstitucional relacionado a esse tipo de busca, pois sua importância é evidente, inclusive nas conceituações que serão necessárias mais tarde.

Ao enfrentar o tema das buscas domiciliares, o anacrônico Código de Processo Penal de 1941 estabelece o seguinte

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

.....

.....
Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.¹⁵⁹

Embora a redação original dessa parte do Código tenha sido mantida, há opinião doutrinária no sentido de que ao menos o artigo 241 não teria sido integralmente recepcionado pela Constituição de 1988, pois seria necessário que a ordem de busca fosse determinada judicialmente, ao menos como regra, tendo em vista a expressa redação do inciso XI do artigo 5º do texto constitucional.¹⁶⁰ A regra,

¹⁵⁹ BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 23 out. 2016.

¹⁶⁰ V. MARTINS, Charles Emil Machado. Prova (arts. 155 a 250), p. 222. In: BOSCHI, Marcus Vinicius; NASSIF, Aramis...[et al.]. **Código de processo penal comentado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Na parte em que se considera o artigo recepcionado, no entanto, essa mesma posição doutrinária terá importância mais adiante.

portanto, seria a reserva jurisdicional¹⁶¹ para delimitação da garantia, mediante a expedição de mandado de busca e apreensão, o que não excluiria as hipóteses excepcionais que o dispensam.

Voltando-se novamente ao que se extrai da interpretação legislativa, conforme antiga lição de Rogério Lauria Tucci, a busca domiciliar é aquela “*que se efetiva em prédios residenciais, de habitação familiar ou coletiva, ou nos imóveis destinados a outros fins, onde alguém desempenha sua atividade, seja esta profissional ou não*”.¹⁶² Embora a conceituação de casa não seja o principal objeto desta reflexão, é importante anotar que a sua definição deve ser tomada como ampla, ou elástica¹⁶³, devendo assim ser consideradas parte do conceito

[...] as casas e apartamentos propriamente ditos, devidamente habitados, bem com as áreas contíguas, como quintais e garagens. Também será considerado ‘casa’ o quarto de hotel, de pousada, de pensão ou qualquer outro lugar fechado utilizado como morada de alguém (por exemplo, edifício abandonado que esteja sendo utilizado como moradia de andarilhos). Igualmente serão reputados casa, para fins de busca domiciliar, o consultório médico, o escritório de advocacia, ou outro lugar não aberto ao público em que alguém exerce profissão.¹⁶⁴

É importante notar, também, o nítido caráter cautelar-probatório dessa medida, o que é avalizado por relevante parte da doutrina especializada, reconhecendo-a como meio de prova¹⁶⁵, especialmente por sua localização topográfica no Código de Processo Penal¹⁶⁶. Conforme os motivos já referidos

¹⁶¹ MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro, p. 26. Porto Alegre, **Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência**. Ano XXVII - nº 85 - Tomo I. 2002.

¹⁶² TUCCI, Rogério Lauria. Busca e apreensão (direito processual penal). São Paulo, **Doutrinas Essenciais de Processo Penal**, v. 3, p. 1231-1244, Editora Revista dos Tribunais, junho de 2012, p. 1234.

¹⁶³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 125.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 493.

¹⁶⁵ Nesse sentido: MARTINS, Charles Emil Machado. Prova (arts. 155 a 250), p. 220. In: BOSCHI, Marcus Vinicius; NASSIF, Aramis...[et al.]. **Código de processo penal comentando**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Ver também: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 440; TUCCI, *op. cit.*, p. 1231. Em sentido contrário, conceituando-a como meio de obtenção da prova e não meio de prova, BADARÓ, *op. cit.*, p. 491: “A busca e a eventual apreensão da coisa ou da pessoa, em si, nada provam. Entretanto, por meio da busca e da apreensão se conservam os elementos de provas apreendidos (por exemplo, diários, cartas, livros contábeis). Posteriormente, dependendo da fonte de prova (pessoa ou coisa) obtida, deverá ser produzido o meio de prova correspondente.” A distinção lembra aquela feita por Paolo Tonini ao diferenciar, no Direito Processual italiano, os meios de prova dos *meios de investigação da prova*. V. TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 242-243.

¹⁶⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre Moraes da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico, p. 439. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de [Orgs.]. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

acima, por sua natureza instrumental à produção probatória, é uma medida muito utilizada no âmbito da política criminal de drogas, especialmente quando os delitos investigados são aqueles na modalidade permanente, conforme já acima consignado. São nessas hipóteses que a polícia alega a necessidade de agir, restringindo direitos fundamentais, como a inviolabilidade de domicílio, a intimidade e a privacidade¹⁶⁷, para eventualmente apreender as substâncias proscritas, utilizando-se dessa medida para obtenção da prova material.

Mesmo diante da previsão infraconstitucional de um procedimento e requisitos para obtenção e cumprimento do mandado jurisdicionalmente expedido para realização das buscas, a própria Constituição tratou de estabelecer, no mesmo dispositivo em que garantiu a inviolabilidade da casa, situações em que essa proteção *pode* ser relativizada. É o que se extrai da redação do artigo 5º, inciso XI, conforme já acima consignada.

Além da imposição de que a ordem judicial seja cumprida apenas durante o dia¹⁶⁸, a regra constitucional prevê que não seria necessária autorização, e que não haveria limitação de horário¹⁶⁹, quando se estivesse diante de (i) flagrante delito; (ii) consentimento do morador; (iii) desastre; (iv) para prestar socorro. As três últimas hipóteses serão deixadas de lado, mesmo sendo uma delas - o consentimento do morador - também um relevante objeto de estudo acerca das invasões de domicílio perpetradas por agentes públicos nessas alegadas situações.¹⁷⁰

O caso do flagrante delito é onde se encontra o nó da questão aqui estudada, especialmente nas hipóteses de crime permanente, ante a previsão do artigo 303 do Código de Processo Penal, que diz "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".¹⁷¹ Por muito tempo, a interpretação comumente atribuída - principalmente pela jurisprudência, mas

¹⁶⁷ Alexandre Morais da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico, p. 440. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de [Orgs.]. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

¹⁶⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 341. No mesmo sentido, sobre a necessidade de que a ordem seja cumprida durante o dia, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

¹⁶⁹ Essa é interpretação tida como mais aproximada da literalidade do texto constitucional. V. BRANCO; MENDES, *op. cit.*, p. 332.

¹⁷⁰ Sobre o ponto, importante ressaltar a posição de MORAIS DA ROSA, *op. cit.*, pp. 444-445. Nesse sentido, também: LOPES, Fábio Motta. As buscas domiciliares na investigação criminal, pp. 134-136. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta [org.]; BARRETO, Alessandro Gonçalves ... [et al.]. **Investigação criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹⁷¹ BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 23 out. 2016.

também por parcela relevante da doutrina - a essa circunstância relativizadora da inviolabilidade do domicílio era de que,

tratando-se de crime de caráter permanente, como, por exemplo, tráfico e receptação, legítima se apresenta a busca domiciliar realizada feita por autoridade policial, sem mandado judicial, porquanto a máxima *my house, my castle*, consubstanciada na garantia de inviolabilidade do domicílio, não pode ser desvirtuada em garantia de impunidade de crimes que em seu interior se praticam.¹⁷²

Partilha dessa mesma opinião Eugênio Pacelli de Oliveira, defendendo que seria uma contradição em si o Direito proteger, em certo sentido, atos que seriam contrários aos próprios valores elegidos à proteção pelo Direito, especialmente o Direito Penal,

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade e de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo *seu proprietário*, qualquer pessoa do povo estará autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo. [...] Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de *manter em depósito substância entorpecente* (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um de seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional.¹⁷³

Também nesse sentido encontra-se a doutrina específica: Vilmar Pacheco e Gilberto Thums defendem que *"se uma conduta expressa situação de crime permanente, então não é necessário mandado judicial para ingressar em residência para apreender a droga e prender o agente em flagrante"*.¹⁷⁴

Encontra-se na base desse pensamento a ideia de que, já que no crime permanente o estado de flagrante se protraí no tempo, o ingresso no domicílio de quem está em constante estado flagrancial é autorizado pela Constituição, de modo que basta a constatação posterior da existência do crime permanente para a busca

¹⁷² MARTINS, Charles Emil Machado. Prova (arts. 155 a 250), p. 222. In: BOSCHI, Marcus Vinicius; NASSIF, Aramis...[et al.]. **Código de processo penal comentado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

¹⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 371.

¹⁷⁴ PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 39. Em sentido um pouco diverso, mas admitindo as buscas desacompanhadas de mandado, desde que constatadas alguma das hipóteses de flagrante delito previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, v. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 135.

estar legitimada. O ingresso no domicílio, portanto, seria legitimado com o que se obteve *a posteriori*, não importando as razões que levaram os agentes a nele ingressarem.

Essa interpretação traz junto de si a *hipereficiência* da política de combate às drogas em detrimento da garantia da inviolabilidade do domicílio, pois olvida-se das arbitrariedades que podem vir a ser cometidas, caso as buscas sejam justificadas unicamente pela posterior apreensão do entorpecente pretendido.¹⁷⁵ Nesse sentido é a reflexão do próprio Eugênio Pacelli de Oliveira, que considera esse risco como *admitido pelo próprio sistema*

É claro que a efetiva ocorrência de situação de flagrante delito pode não ser tão facilmente demonstrada. É claro também que diligências policiais arbitrárias e abusivas poderão ser praticadas, sob o argumento de se tratar de flagrante delito, embora se comprove, posteriormente, que crime algum ocorria no interior da residência invadida. Esse é, porém, um risco que o constituinte preferiu correr, deixando o exame da pertinência e da regularidade da ação policial à prudente análise dos órgãos públicos responsáveis pela aplicação do Direito.¹⁷⁶

Esse entendimento por muito tempo encontrou eco na jurisprudência, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁷, do qual se pode extrair essa mesma posição de julgados já antigos, como, por exemplo, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12.362/MG, julgado em 2002.¹⁷⁸ Ainda nesse sentido, por muito tempo citado como paradigmático, encontra-se o julgamento do

¹⁷⁵ É nesse sentido que se encontra a base do conceito de *hipereficiência* da ação policial, pois o resultado é o valor a ser atingido, deixando-se de lado o meio com que ele foi obtido. Seria como uma renovação do lema maquiavélico, dentro da estrutura da persecução penal e legitimada pelo discurso de combate ao inimigo na guerra às drogas. Sobre a relação entre o conceito de eficiência, o afastamento de direitos fundamentais e garantias e a ideia de direito penal neoliberal, v. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Jurisdição do Real x Controle Penal: Direito & Psicanálise, via literatura**. Petrópolis: Delibera Editora, 2011, p. 90ss.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 371.

¹⁷⁷ E assim continua, o que se pode extrair de julgamentos recentes, como o RHC 73.955/MG. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 73.955/MG**. Recorrente: Lúcio Flavio Batista Fernandes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 27 set. 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601988962&dt_publicacao=26/10/2016>. Acesso em 12 nov. 2016.

¹⁷⁸ "PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS-CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. - A jurisprudência dominante proclama a tese de que, tratando-se de crime de tráfico, de caráter permanente, legítima se apresenta a busca domiciliar realizada sem mandado judicial. - Não evidenciada a prática de tortura na obtenção de provas, matéria que exige dilação probatória, perde consistência a alegada nulidade. - Não padece de defeito o auto de prisão em flagrante quando já superada pelo contraditório judicial. - Recurso ordinário desprovido". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12.362/MG. Recorrente: Alex Starling. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 19 set. 2002. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200069549&dt_publicacao=21/10/2002>. Acesso em 12 nov. 2016.

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 86.082/RS, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, que contou com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, DJ 13.09.1996). 3. Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revolver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.¹⁷⁹

Essa concepção perpassou por muito tempo os livros de doutrina e as decisões do Judiciário, sempre justificada pela eficiência da ação policial em apreender cada vez maiores quantidades de droga e prender cada vez mais indivíduos com base nos crimes previstos na Lei n. 11.343/06, tudo isso no mesmo contexto de guerra declarada, já acima exposto. É também fato que essa mesma interpretação dava carta-branca para que abusos fossem cometidos, principalmente pelas agências policiais diretamente envolvidas com as apreensões de drogas. Repetidamente, as situações em que a inviolabilidade do domicílio era relativizada tinham como alvo principal casas pobres, geralmente situadas em zonas periféricas dos centros urbanos, locais em que geralmente a Constituição não alcança. Mas, de uma certa perspectiva, o discurso era de que o próprio texto constitucional assim autorizava.

Todavia, essa posição, mesmo sancionada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já encontrava críticas no meio doutrinário por sua contrariedade fundamental às ideias de liberdade e igualdade da Constituição de 1988. Afinal, o

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 86.082/RS. Recorrente: Leandro de Souza Martini. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 out. 208. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+86082%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+86082%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9dr54k>>. Acesso em 12 nov. 2016.

texto constitucional surgiu da transição entre o autoritarismo do Regime Ditatorial para uma democracia constitucionalmente erigida, sobre as bases de um Estado de Direito, no qual a força do próprio Estado encontra limites nos direitos expressos e na racionalidade que se opõe ao arbítrio. Nesse sentido, Clademir Missaggia já apontava sua discordância com a jurisprudência pacífica que se formava ao redor da ideia de que o crime permanente tudo autorizava, quando o assunto era a proteção jurídica ao domicílio

No que concerne às hipóteses de “crimes permanentes”(art. 303 do CPP), ensejadores do flagrante por seu efeito que se protraí no tempo, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem reiteradamente se manifestado pela admissão da eficácia da prova oriunda de busca domiciliar sem mandado, em caso de crime de tóxicos, v.g., porque esse se caracteriza como permanente, sem se indagar se havia a “fundada suspeita” e sem exigir a demonstração da urgência e necessidade da diligência, alterando a tendência anterior.

Para eficácia da prova decorrente da apreensão, na hipótese de prisão, em caso de crime permanente, com incursão domiciliar, haveria de se exigir a “fundada suspeita” da prática do crime, além da presença de todas as formalidades de lei.

É evidente que o ônus da demonstração desses elementos compete à acusação. A posição hoje dominante no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e também em alguns outros tribunais é equivocada na medida em que dá ensejo a descaracterização da proteção. São incorretas todas as interpretações que dão margem ao arbítrio e essa posição, sem dúvida, um dos evidentes exemplos.¹⁸⁰

Também em sentido contrário ao senso comum teórico que se assentava, Rogério Lauria Tucci trazia que a relativização presente no próprio texto constitucional à garantia prevista não outorga à autoridade policial, ou quem faça as suas vezes, qualquer poder ilimitado de violar domicílios, sendo-lhe autorizado apenas perseguir agente que, em fuga, teria já sido avistado quando da específica prática do crime, em estado flagrantial.

Retirada de autoridade administrativa qualquer possibilidade de fazê-lo, *sponte propria* (a não ser, evidentemente, quando na perseguição do autor de infração penal imediatamente em seguida à sua prática), somente órgão jurisdicional competente poderá autorizá-la a invadir local fechado em que more, trabalhe ou esteja o indivíduo.¹⁸¹

Embora as críticas ainda não fossem muito propositivas, de modo a tornar compatíveis a relativização constitucional com a proteção efetiva do domicílio contra o arbítrio policial, organizava-se um pensamento no sentido de disputar a

¹⁸⁰ MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro, pp. 29-30. Porto Alegre, **Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência**. Ano XXVII - nº 85 - Tomo I. 2002.

¹⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 339.

conceituação normativa, que abrangeria outras formas de pensar, em maior consonância com os princípios democráticos. Afinal, a interpretação é também processo de construção de sentidos e tem impacto fundamental na direção que uma política de drogas irá tomar, na contenção do poder repressivo que seleciona e viola, ou no sentido de limitá-lo e controlá-lo para o exercício determinado pelos fins almejados, mas limitado quanto aos meios utilizados.

Desse contexto é que surgem outras formas de abordagem do problema, repensando-o a partir da posição aqui tida como a mais conservadora e buscando uma forma de não afastar por completo, mas superar, em certa medida, a discricionariedade dada aos policiais para optarem por ingressar em determinadas residências e noutras não. É nesse quadro que se insere, por exemplo, a posição doutrinária de Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet. A crítica à posição anteriormente exposta é expressa, pois, para eles, a descoberta, posterior ao ingresso domiciliar, de que efetivamente havia lá dentro o cometimento de flagrante delito, *"com o devido respeito aos que pensam diversamente, é mero acaso, mas não cremos que o Estado democrático de direito jogue dados com seus cidadãos"*.¹⁸²

Segundo os autores, em busca de uma solução constitucionalmente adequada ao problema, a leitura constitucional necessariamente feita é a de que as buscas domiciliares são permitidas em caso de flagrante delito, mas a posterior constatação do crime não basta para tornar legítima a incursão dos agentes no domicílio alheio, sob pena de tornar a prova obtida ilícita por contaminação.¹⁸³ A essa situação, a solução é adiantada nos seguintes parâmetros

Cremos, todavia, que o critério capaz de deslindar a polêmica é, por óbvio, a verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio - que se opera no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé. Se o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual-penal, então vão comprometidas as provas da materialidade dos delitos de tráfico, receptação e porte ilegal de arma, por exemplo [...] sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da abordagem do caso concreto devem evidenciar "ex ante" situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu, durante o

¹⁸² Para uma versão completa acerca da visão dos autores sobre essa problemática, ver SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, p. 558.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 553.

dia e, mais ainda, à noite, sem permissão e sem mandado de busca a apreensão.¹⁸⁴

A reflexão proposta parte do paradigma do Estado Constitucional atual, que tenta por em plano de convergência dois princípios que aparentemente seriam conflitantes: por um lado, o princípio majoritário, vinculado ao ideal democrático e às decisões políticas conforme entende a maioria dos cidadãos, e por outro, os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, mesmo que direcionados a uma minoria, e que em tese não poderiam ser atingidos pela sobreposições situacionais do primeiro princípio. Dentro desse contexto e da atual teoria constitucional, esses mesmos direitos e garantias fundamentais seriam inevitavelmente objeto de restrição, em primeiro lugar e de maneira abstrata por parte do legislador, mas também por parte do judiciário, quando a restrição fosse efetivada na dinâmica social diária. Ambos, entretanto, deveriam permanecer atentos aos critérios da proporcionalidade, levando em conta que a *proibição de excesso* também funcionaria para o controle policial,¹⁸⁵ estabelecendo critérios racionais para sua atuação, de modo que direitos e garantias fundamentais não fossem restringidos de modo arbitrário. Retira-se a análise do âmbito legislativo para fixar o olhar sobre as intervenções restritivas de direitos fundamentais realizadas pelo judiciário, das quais a proteção ao domicílio é apenas um exemplo.

Nelas, mantém-se a lógica de que a regra, de fato, é a inviolabilidade e as exceções são aquelas previstas no texto constitucional. Não havendo reserva legal expressa para as exceções, elas devem ser, de todo modo, interpretadas restritivamente, pois, se há limites para garantia, também há *limites para esses limites*.¹⁸⁶ Definem os autores que, para essas intervenções restritivas, não só devem ser feitas em regra por órgão jurisdicional, mas que também sejam prévias e tenham um controle restritivo sobre o conceito de perigo de demora, utilizado muitas vezes como imperativo policial.¹⁸⁷ Partindo disso, a jurisdição tornar-se-ia responsável por estabelecer critérios para as abordagens policiais, o que não a afastaria de enfrentar a problemática em sentido diverso.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, p. 554.

¹⁸⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁸⁶ Sobre uma simplificada explicação acerca da teoria dos *limites dos limites*, v. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 241ss.

¹⁸⁷ SARLET; WEINGARTNER NETO, *op.cit.*, p. 555.

Aí que os autores alertam para dois possíveis riscos corridos: o primeiro deles seria tornar o controle *a posteriori* a regra, mesmo sugerindo-o como a exceção; e o segundo é tornar ainda mais vagos e ambíguos os parâmetros previstos na legislação para a efetivação das buscas. Para tentar solucioná-los, trazem a obra de Maria de Fátima Mata-Mouros sobre a temática do *juiz de liberdades*, citando quatro importantes tópicos para a controlabilidade da atuação policial, sem que isso torne regra a busca domiciliar sem mandado, o que seria, na verdade, a exceção

(i) “Os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, em conjugação com o princípio da legalidade, obrigam o juiz a indicar os concretos fundamentos com que justifica a autorização da medida restritiva de direitos, isto é, com base em que concreta suspeita (factos indiciados e delimitação temporal dos mesmos) se impõe a medida de investigação restritiva do direito. Não basta a invocação da norma legal, tão-pouco a mera repetição das palavras da lei.”; (ii) “O conceito de perigo na demora deve ser interpretado de modo restritivo. Os órgãos de investigação apenas devem poder agir se, efectivamente, se verificar perigo na demora. A situação de perigo terá, portanto, de ser demonstrada com base em factos concretos.”; (iii) “A decisão judicial de validação de uma medida restritiva de direitos deve assegurar os mesmos padrões de exigência impostos à medida de autorização(...)”; (iv) “A verificação de perigo na demora tem de ser judicialmente sindicável”.¹⁸⁸ (MATA-MOUROS *apud* SARLET; WEINGARTNER NETO, 2013, p. 556)

Em resumo, a posição dos autores é a de que o agente de polícia pode ingressar no domicílio alheio, durante o dia ou à noite, se, diante do perigo de demora, se deparar com situação de flagrante delito, devendo demonstrá-la a partir de fatos concretos. Só sendo validada a busca se ela, caso fosse submetida a um juiz, fosse autorizada naquelas exatas circunstâncias concretas apresentadas *ex ante*.¹⁸⁹ Se analisadas as razões e verificado que não seria o caso de autorizar as buscas, a prova obtida com essa medida deveria ser considerada ilícita.

De fato, a virada de percepção é fundamental: o que antes era apenas a busca por resultados passa agora a, necessariamente, ser uma preocupação constante com não ser rompida a garantia prevista no artigo 5º. Através do controle jurisdicional dos fatos concretos e atuais, exteriorizados e individualizados pelos agentes que participaram das buscas, seria possível enfrentar a temática por outra ótica, mantendo-se incólumes e conviventes, em tese, tanto a garantia como sua exceção.

¹⁸⁸ MATA-MOUROS *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, p. 556.

¹⁸⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Ver-se-á adiante que a posição apresentada pelos autores nesse artigo, guardadas as proporções e as bases teóricas, é muito semelhante daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao evoluir seu entendimento. Com ambas, tenta-se repassar a responsabilidade pela restrição ao direito fundamental ao poder judiciário, através de uma análise posterior das razões que levaram o policial a ingressar naquele exato domicílio, naquele exato momento.

Olvida-se, no entanto, que a mesma política de drogas autoritária que é aplicada pelas polícias também encontra eco nos bancos dos tribunais e, portanto, exigir que as ações policiais, para serem consideradas legítimas, ganhem aval posterior pelo poder judiciário pode parecer inovador, mas, na verdade, já é algo que faz parte da história do poder jurídico e nada mais é do que, em nova roupagem, manter o entendimento anterior - com suas raras exceções, é preciso ressaltar. Se a política criminal de guerra às drogas exige um compromisso comum, e ela o tem, reafirmar a responsabilidade do judiciário nas ingerências a direitos fundamentais nada mais é do que *enxugar gelo*.

Ao citar um exemplo de situação fática que logo mais será melhor analisada, que é aquela em que policiais aproximam-se da residência e perseguem o réu domicílio adentro quando este tenta sair do campo visual dos policiais, ambos os autores apontam que esse tipo de ingerência policial origina-se de uma premissa que seria inaceitável em nosso sistema constitucional, que seria o *direito penal do autor*, do qual faz parte o já conhecido Direito Penal do Inimigo.¹⁹⁰ Se esse mesmo discurso perpassa não só as instituições policiais, mas também o poder judiciário, envolvendo todo o aparato repressivo no contexto da guerra às drogas, a pergunta que resta é sobre quais critérios as ingerências serão legitimadas e em que amplitude elas serão de fato permitidas.

3.2 A mudança de perspectiva ante uma realidade político-criminal: deve haver um controle jurisdicional sobre a atividade policial?

"As Constituições do Brasil têm sido grandes ilusões constitucionais, verdadeiras miragens."

Luiz Pinto Ferreira

¹⁹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. "Direito penal" do inimigo? In: **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 80-81.

Superar um entendimento de forte enraizamento ideológico não é tarefa fácil e não é trabalho para uma única decisão. Mesmo diante das mais variadas dificuldades - e também das consequências inesperadas, como veremos adiante -, a efetividade da Constituição depende de sua constante releitura a partir de realidades, sempre mais complexas que o texto, mas nunca impossíveis de alcançar a partir das proteções ali previstas.

Após duas décadas da promulgação da Constituição de 1988, refluía o entendimento constantemente reafirmado pela jurisprudência, ressalvadas algumas vozes em contrário, de que bastava a constatação do crime permanente dentro da casa e a busca efetivada pelos policiais era, inequivocamente, considerada hígida. Ainda em 2009 o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal e, por meio da sistemática da repercussão geral, em 2010 foi afetado ao chamado Tema 280, que tinha como título "*provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão*". De fato, o tema não é recente, pois se algum problema havia na relação entre atuação policial e proteção do domicílio, ele certamente não se iniciou nessa década.¹⁹¹

De todo modo, a questão foi levada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2015, tendo o Ministro Relator Gilmar Mendes expressamente referido, ao introduzir seu voto, que proporia uma *evolução de entendimento*, manifestando, desde logo, que a tese anteriormente chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, ao invés de reafirmar a proteção alcançada ao domicílio pelo texto constitucional, tão só a esvaziava. O resgate proposto à garantia da inviolabilidade de domicílio passava, segundo ele, por uma reinterpretação da Constituição em conjunto com tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.¹⁹²

Após longa e detida análise comparada e historiográfica sobre a garantia, demonstrando sua previsão em outras constituições modernas e como foi sua evolução nas constituições brasileiras, o Ministro reafirmou o que já foi adiantado acima: a busca e apreensão é uma medida eminentemente invasiva e, portanto, restritiva de direitos fundamentais; sem ela, porém, a investigação de diversos tipos

¹⁹¹ Como já adiantado na reflexão do primeiro capítulo, a demora possui uma justificativa: a constante violação dessa garantia fundamental ocorria - e ainda ocorre - com aqueles que ostentam a pecha de subcidadãos, o que, invariavelmente, leva à própria invisibilização do problema.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

de crime, especialmente o caso do tráfico ilícito de drogas, seria extremamente dificultosa. Reconheceu, nesse sentido, que mesmo a imprescindibilidade da medida não a torna imune a abusos, especialmente no caso das “*comunidades em situação de vulnerabilidade social*”, que sofreriam constantemente o poder de fato e a violência desse tipo de abuso.

No ponto, e antes de afirmar a necessidade de controle sobre a medida, o Ministro Relator toca em questão fundamental da mudança de entendimento: as razões político-criminais para tanto. Ao mencionar o relato feito no livro do ex-secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, acerca das ocupações de áreas como o Complexo do Alemão, o Relator aponta trecho em que Beltrame teria relatado que, durante a ocupação, foi feita uma varredura em cerca de 30 mil residências, o que era justificado pela busca de drogas, armas e pessoas, sendo essas áreas consideradas seguras apenas após a realização das buscas.¹⁹³ Depois, é apontado outro trecho, em que o secretário refere ter recebido diversas denúncias acerca da ocorrência do chamado “espólio de guerra”, situação em que os policiais, após as buscas domiciliares, levavam para si pertences de quem ali residia. Segundo sua avaliação, havia o risco dessa irregularidade ocorrer durante a chamada varredura, e ela de fato ocorreu, mas por culpa de pequeno grupo.

Curiosamente, a primeira situação mencionada é tida pelo Relator como “*rescaldo da tomada do Complexo do Alemão*”, enquanto a segunda é a que descreve um “*abuso na execução da medida*”, embora se saiba que a varredura descrita não seguiu qualquer procedimento legal para o ingresso nos domicílios. A localização geográfica indicava a condição social de subcidadania: não se estava mais diante de casas, mas sim de barracos, conforme consignado no próprio voto, em que drogas e armas eram “escondidas por traficantes”. Não é nenhum exagero concluir que, diante desse número, mais da metade dessas residências não eram

¹⁹³ O trecho citado encontra-se assim descrito na obra mencionada: “*Verificamos praticamente uma a uma, as cerca de 30 mil residências e todos os becos da região, à procura de drogas, armas e bandidos. Só depois de executada essa varredura foi que consideramos a área segura*”, conforme constou no voto do Ministro Gilmar Mendes. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

depósitos utilizados para a prática de crimes e que, inevitavelmente, as medidas invasivas foram inócuas¹⁹⁴.

Com efeito, a facticidade do agir estatal escancara que é necessário um controle sobre esse tipo de prática autoritária, que vem sendo constantemente legitimada pelos resultados obtidos, especialmente quando há apreensão de grandes quantidades de droga ou de armamento na incursão domiciliar. Conforme o Relator, o resultado positivo das buscas não pode justificar sua realização, pois disso não se extrai a possibilidade de controle, o qual, como afirmado, é indiscutivelmente necessário.

A fim de introduzir as razões pelas quais esse controle é necessário, o Relator extrai duas possibilidades - e seus desdobramentos - do entendimento anterior, lastreado na concepção de crime permanente

Considerando o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais - art. 150, 2, do CP.

Ou seja, o policial estaria assumindo o risco de perpetrar um crime, salvo se tiver sucesso em sua diligência. Isso dá ao policial um perigoso incentivo. Ou desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio. Caso o policial não encontre a droga e venha a ser acusado criminalmente, transferir-se-á a escolha dramática para a fase de punição do agente público. A tese defensiva natural será o estrito cumprimento do dever legal putativo - o policial alegará que achava que havia um crime em andamento dentro da casa invadida.

Se rejeitar a defesa, o julgador pune um policial que acreditava estar cumprindo o seu dever.

Se a acolher, aniquila a garantia da inviolabilidade de domicílio. Qualquer alegação por parte de policiais de que tinham informação de que havia um crime em andamento afastaria a inviolabilidade domiciliar.

E é nessa situação que nos encontramos atualmente.¹⁹⁵

É evidente que a preocupação encontra-se mais voltada à figura do policial e sua possível responsabilização posterior, o que é importante consignar pela perspectiva político-criminal que se pretende demonstrar como também presente nessa decisão. De fato, o agente estatal é figura central do tema, pois cabe a ele decidir pelo ingresso ou não no domicílio. Entretanto, esse deslocamento de

¹⁹⁴ No sentido de não produzir o efeito desejado com a medida, não no sentido de que não causaram dano, o que deve ser presumido, quando se tem o domicílio violado por autoridade estatal sem motivação para tanto.

¹⁹⁵ BRÁSL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

perspectiva afasta a atenção do problema enfrentado pelo *violado* para eventual responsabilização futura do *violador*, o que influenciou, por certo, as conclusões posteriores do acórdão.

Nesse contexto, calha ressaltar que os relatos sobre violações de domicílio não são poucos na realidade brasileira, não se restringindo à justiça criminal. É necessário levar em conta que, se muitas buscas domiciliares resultam em apreensões, muitas não, o que não aparece nas estatísticas policiais e judiciais. O que chega ao judiciário pela via da jurisdição criminal são apenas as buscas consequentes, ou seja, que obtiveram algum resultado e, por isso, tornaram-se um processo-crime mediante denúncia pelo Ministério Público. As demais dificilmente chegam a ser registradas, talvez pela naturalização dessa medida autoritária em determinados espaços sociais¹⁹⁶, pelo descrédito na apuração e punição dos responsáveis, ou por outras razões, o que mereceria uma pesquisa à parte. A falta desse tipo de registro torna o problema invisível: é como se ele de fato não existisse.

Como ressaltado pelo Ministro, a literatura especializada - e a realidade - indica o contrário¹⁹⁷. O mesmo não ocorre com a responsabilização policial pelas invasões, que tão mais rara será quanto menos registros forem feitos, e por isso é necessária a crítica sobre uma perspectiva que parte de um problema ainda ausente. Não é que o excesso de zelo com os efeitos da tese a ser lançada seja reprovável, mas tão só o deslocamento do paradigma da violação para a responsabilização no enfrentamento do problema.¹⁹⁸

Voltando a temática central, a nova interpretação proposta buscou amparo em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sendo citados o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que determinaram, respectivamente, em seus artigos 11, 2¹⁹⁹, e 17,

¹⁹⁶ SILVA, Jailson de Souza e. As Unidades de Polícia Pacificadoras e os novos desafios para as favelas cariocas, p. 422. In: MELLO, Marco Antonio da Silva [et al.] (org.). **Favelas cariocas: ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

¹⁹⁷ Para uma outra visão sobre a "ocupação" do Complexo do Alemão, v. SILVA, *op. cit.*, p. 423. In: MELLO, Marco Antonio da Silva [et al.] (org.). **Favelas cariocas: ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

¹⁹⁸ O que já é corrente, em matéria de solução de problemas sociais através do direito penal, pois o atual nível de discussão político-criminal encontra-se tão só na punição de condutas, sem se discutir o que fazer com as (constantes) violações que precedem a responsabilização.

¹⁹⁹ "2. 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." BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 15 nov. 2016.

¹²⁰⁰, a proteção do domicílio contra *ingerências arbitrárias*. Esse conceito foi tomado como fundamental para a evolução do entendimento, pois a ação arbitrária significa ação desarrazoada, sem razões objetivas e demonstráveis para seu emprego. Nesse sentido, a fim de não esvaziar a proteção constitucional ao domicílio, exigiria-se que a ação policial fosse avaliada com base no que se sabia antes do ingresso, não depois. Essa, conforme o acórdão, seria a única forma de possibilitar um controle jurisdicional que compatibilizasse garantia fundamental e razões de segurança pública.

Relembrando em muito a proposta acima vista, trazida por Ingo W. Sarlet e Jayme Weingartner Neto, a tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal admite a restrição à inviolabilidade da casa, prevista no próprio texto constitucional, sendo possível a polícia ingressar no domicílio, independentemente do horário, sem autorização judicial para tanto. No entanto, essa restrição não estaria submetida ao arbítrio da autoridade policial, pois só seria admissível, no caso do flagrante delito, se as razões declinadas que levaram os agentes a ingressar fossem avaliadas e aceitas pelo Judiciário. Assim como os autores, também o Ministro Relator expõe que o controle judicial sobre as ingerências necessariamente praticadas pela atividade policial, mormente em sede investigativa, pode ocorrer tanto em momento anterior - como na expedição de mandados de busca e apreensão ou autorização pela captação de conversas por meio de interceptações telefônicas - como também *a posteriori*, desde que essa última tenha uma justificativa plausível. Afinal, se a Constituição dispensou o controle jurisdicional prévio, sobre o controle posterior da regularidade dos atos praticados.

Assim como nas demais hipóteses excepcionadas pelo texto constitucional, como no caso de desastre, a justificativa para a excepcionalidade do controle *a posteriori* no caso de flagrante delito seria a urgência na medida, ainda que o delito praticado não envolvesse grave ameaça à pessoa, como é o caso do tráfico ilícito de drogas. De fato, há situações em que a urgência não solucionada da medida pode significar a não-apreensão de determinada quantidade de drogas, o que não

²⁰⁰ "1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação." BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 15 nov. 2016. Importante também citar o que traz o item 2 desse mesmo artigo, sobre a extensão dessa proteção à toda e qualquer pessoa: "2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas."

significa que isso seja a regra, ainda mais se considerados depósitos de drogas clandestinos que, para ser descobertos, necessitam ser minimamente investigados.

Novamente, a preocupação retorna para que a exceção não vire a regra: afinal, se a ausência de mandado judicial não veda o ingresso domiciliar, bastando o controle *a posteriori*, por que ainda assim representar por sua expedição? Foi a preocupação do Ministro Marco Aurélio ao divergir do voto do Relator, referindo que, se ao juiz não é dado expedir autorização de ingresso durante o período noturno, pois isso é expressamente vedado pela Constituição, o reconhecimento da tese, na forma como proposta, não daria mais poder ao policial do que o próprio juiz teria?

Nesse contexto é que o Ministro Relator propõe que o modelo probatório a ser constatado e também fortalecido nessas ocasiões, a fim de que esse “*grande poder*” dado ao policial seja usado de forma limitada, é o mesmo previsto para a expedição judicial do mandado de busca e apreensão, ou seja, as *fundadas razões* previstas no artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal. Seria necessário que o agente de alguma forma constatasse anteriormente a situação de flagrante delito para que, realizado o ingresso e obtida a prova, declinasse *a posteriori*, dentro do inquérito e do processo-crime, quais as razões que o levaram a acreditar que naquele exato domicílio estava sendo praticado um crime. Em análise, o juiz deveria avaliar as razões que levaram o policial a ingressar no domicílio e constatar se elas constituem *fundadas razões* para a relativização da garantia fundamental. Essas fundadas razões, quando constatadas, serviriam como *justa causa* para o ingresso desprovido de mandado.

O acórdão não atribui um conceito unívoco ou definição aprofundada do que seriam as fundadas razões que legitimariam a ação, mas alguns importantes apontamentos são feitos.

O primeiro deles é que informações anonimamente recebidas por policiais - as famosas “denúncias” anônimas - não poderiam ser utilizadas como fundamento para preencher o conceito de fundadas razões, pois elementos que, como elas, não possuem força probatória, não serviriam como base para o reconhecimento da presença de fundadas razões. O segundo aspecto é que apenas adotando essa medida será possível contestar a ação policial, já que ela exige que os agentes declinem quais os motivos que os levaram a ingressar na casa, o que torna possível

um controle lógico-argumentativo dessas razões, bem como a sua contraposição, o que antes não era a regra.

Consignando que a casuística é que desenvolverá melhor entendimento acerca do tema, o Ministro Relator passa da tese ao caso concreto, considerando presentes as fundadas razões e, portanto, negando provimento ao recurso extraordinário para manter a condenação do réu.²⁰¹ O caso será posteriormente melhor avaliado, mas deixa explícita uma necessidade que é central ao novo entendimento: o que poderia preencher o conceito de fundadas razões.

3.3 Exigência de fundadas razões: um novo conceito de justa causa

Como visto acima, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal traz à baila importantes novos conceitos que, mais do que serem simplesmente preenchidos, precisam ser também disputados, sendo crítica e constantemente revistos pela dogmática processual penal, sempre levando em conta as reflexões político-criminais incidentes sobre o tema. Isso porque o discurso de exceção presente em todo o aparato institucional sempre encontrará espaços e meandros para tornar inimigos quem nunca foi plenamente cidadão, sendo importante que o controle do arbítrio esteja sempre atento e atualizado.

No caso, o próprio Judiciário reconheceu-se como responsável por esse controle, pois restou definido como quem faria o juízo último sobre as razões que levaram os agentes policiais a ingressarem no domicílio. Conforme já assentado, isso apenas ocorrerá quando algum crime for descoberto; senão, o caso dificilmente desembocaria em processo, seja de natureza cível ou penal. Havendo o flagrante delito, lavrar-se-á o auto de prisão e, posteriormente, iniciado o processo, caberá à pessoa que exerce a jurisdição decidir se o ingresso domiciliar foi arbitrário ou se ele tinha por base fundadas razões.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

3.3.1 Fundadas razões para o ingresso domiciliar

As *fundadas razões* são o elemento fundamental para o novo entendimento sobre o tema das buscas domiciliares desacompanhadas de mandado, pois com base na sua concepção é que, *a priori*, serão avaliadas as ações policiais futuras que, para apreensão de drogas, tiveram de ingressar em domicílio alheio.

Conforme manifestado no voto do Ministro Gilmar Mendes, essas *fundadas razões* obedeceriam ao mesmo modelo probatório da busca e apreensão domiciliar de autoridade munida de mandado, pois a expressão teve por bem ser retirada da redação do próprio artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal, o que constituiria, nas palavras do próprio relator, uma “*medida modesta, compatível com a fase de obtenção de provas*”.²⁰² Mesmo sendo o mesmo modelo probatório utilizado, as situações são notadamente diferentes e isso deve ser ressaltado, a fim de que a exceção do ingresso desprovido de mandado vire a regra.

Tratando-se de duas espécies diversas de ingresso domiciliar, sendo-lhes aplicado o mesmo modelo probatório, é preciso compreender aquele que já está estabelecido para reconhecê-lo, por suas diferenças, do outro. Nesse sentido, importante analisar o significado dado às fundadas razões sob diversos aspectos.

Na legislação, o artigo supramencionado não esclarece o que seria necessário para fundamentar uma busca domiciliar. Não há uma definição legal para fundadas razões que autorizem a realização de buscas, tendo o parágrafo primeiro apenas mencionado o *intuito* com que as buscas podem ser realizadas, individualizando as hipóteses, tais como prisão de criminosos ou apreensão de instrumentos utilizados na prática do crime. Há um conceito aberto, que viria, inevitavelmente, a sofrer a influência das pressões interpretativas, gerando efeitos na jurisprudência e também na doutrina. Nesse sentido, é importante consignar que o dispositivo legal passou, com a mesma redação, por diversos períodos da história do país, especialmente aquele do Regime Ditatorial. Não se buscará apresentar um estudo historiográfico sobre o termo e sua utilização no decorrer da vigência do artigo supramencionado, mas apenas ressaltar que diversas foram as concepções que disputaram o seu interpretado conteúdo.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

Conclui-se que a melhor forma de delinear um conceito de *fundadas razões*, ao menos de início, é pelo que ele não é. Uma importante distinção feita pela doutrina é aquela entre as razões que legitimam a busca domiciliar e aquelas que legitimam a busca pessoal, prevista no parágrafo segundo do mesmo artigo 240 do Código de Processo Penal. Enquanto a primeira exige *fundadas razões*, a segunda exige apenas *fundadas suspeitas*. Sobre o conceito de fundada suspeita, importante consignar a crítica de Gustavo Henrique Badaró

A expressão "fundadas suspeitas" é criticável, por ser "ambígua e oca". Suspeita é uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém. Trata-se de um estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto e seguro. O CPP deveria ter exigido mais, como "indícios" ou "fundados indícios", justamente no caso em que franqueia a busca pessoal a autoridades e agentes policiais, prescindindo do mandado judicial.²⁰³

Extrai-se, portanto, que a busca pessoal, embora possa se discutir sua maior ingerência no direito à intimidade, é tomada com um critério menos rigoroso que a busca domiciliar. Enquanto na busca pessoal exige-se apenas a suspeita fundada, que pode partir de um juízo subjetivo, desde que se concretize em algo objetivo, a busca domiciliar é necessariamente precedida de razões fundadas, ou seja, fatos concretos e objetivos que, indicados, autorizariam a realização das buscas. Outro reflexo dessa diferenciação é o entendimento de que a regra para as buscas domiciliares é a existência de autorização judicial, enquanto nas buscas pessoais é admitida, *como regra*, a sua ausência.²⁰⁴

Fundada razão não é *fundada suspeita*, não podendo estar lastreada apenas em elementos subjetivos e considerações de índole pessoal dos agentes que efetuaram a abordagem, justamente para que não seja arbitrária. Se são exigidas razões, objetivas e concretas, é para que elas sejam controláveis, o que não seria possível mediante decisão arbitrária tomada pelos agentes. Para Rogério Lauria Tucci, a interpretação da legislação conforme a garantia constitucional exigiria que essas fundadas razões contivessem um juízo de imprescindibilidade, oportunidade e conveniência, o que seria fundamentado pela autoridade administrativa para obtenção do respectivo mandado de busca e apreensão.²⁰⁵

²⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 496.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 442.

²⁰⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, p. 337.

Em sentido diverso, Eugênio Pacelli de Oliveira apresenta um conceito de fundadas razões baseado no binômio urgência e necessidade da medida, sendo possível a realização de buscas apenas quando ambos estiverem presentes.²⁰⁶ Nessa conceituação, a urgência estaria ínsita na própria ideia geral do que seriam as fundadas razões, o que eventualmente poderia descaracterizar uma diferenciação entre as situações em que o mandado poderia ter sido pedido e aquelas em que suas dispensa se fez necessária.

É certo que também é possível, dentro do mesmo conceito, exigir gradações entre os requisitos do binômio urgência/necessidade, a ser avaliadas nos casos concretos. No entanto, apresentar um mesmo modelo probatório para ambos, com características muito semelhantes e deixar de criticá-lo por mudar o *locus* da discricionariedade - da polícia para o juízo - parece um tanto contraditório. Se o intuito é tornar controlável a ação policial investigativa que interfere em direitos fundamentais, é importante que se tenha noção da ampla *cartela de cores* que será utilizada pelo judiciário para matizar o problema.

Afinal, a urgência da ação parece ser o principal critério diferenciador entre a regra e a exceção previstas constitucionalmente. Sem ela, não haveria razão suficiente, dentro dos parâmetros legais e constitucionais, a afastar a possibilidade de a autoridade policial representar por um mandado de busca e apreensão. Nesse contexto, e a fim de guardar as diferenças, outra hipótese seria a localização do conceito de *urgência na ação* fora do âmbito das fundadas razões em si, somando-as, para confortá-las em outro conceito maior que é trazido também pela decisão do Supremo Tribunal Federal: a *justa causa* para o ingresso domiciliar sem mandado. Se não há uma conceituação unívoca do que seriam as fundadas razões, apenas que elas seriam razões - e não suspeitas -, e, portanto, seriam racionalmente demonstráveis, também há outro conceito, mais amplo, de possível disputa dentro da dogmática processual penal, que é a *justa causa*.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 441.

3.3.2 Uma nova justa causa dentro do processo penal?

Na doutrina processual penal, o tema da justa causa foi quase sempre tratado dentro do estudo da teoria da ação penal²⁰⁷, por se tratar, eminentemente, de uma de suas condições, conforme prevê o artigo 395 do Código de Processo Penal.

Enquanto condição da ação penal, ela teria evoluído de um conceito abstrato, em que se exigia apenas a imputação de um fato típico, para conceituações mais concretas, vinculadas a ideia de que o processo penal em si representaria uma violência estatal por si só, infamante, que, quando despropositado, não deveria nem ter início.²⁰⁸ Isso decorreria, inclusive, da maior efetividade alcançada ao princípio do estado de inocência, (ainda) previsto no artigo 5, inciso LVII, da Constituição da República. Ser réu em um processo penal significa, por todas as suas repercussões, uma forma de punição antecipada, o que por certo necessitaria ser evitado em determinados casos, tendo, por esse motivo, o conteúdo do conceito de justa causa sido ampliado.

Todavia, não é só aí que se desenvolve o conceito, que também já foi utilizado na aferição da legalidade das prisões; como elemento identificador dos casos de coação ou constrangimento ilegal; como hipótese de recebimento da denúncia.²⁰⁹ Em todas elas, podemos verificar uma importante semelhança: a justa causa é sempre uma forma de proteção do indivíduo perante situações de arbítrio estatal. Sua ausência, em qualquer das hipóteses acima sinteticamente expostas, leva à intervenção do judiciário *pro reo*.

Não é por outro motivo que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal escolheu esse mesmo conceito-chave para abarcar as fundadas razões que legitimariam o ingresso domiciliar. Se as fundadas razões não estão presentes, ou aquelas declinadas não são suficientes, não havia justa causa para o ingresso domiciliar e, portanto, irregular a busca realizada.

Essas constatações não resolvem, por si só, o problema. O termo padece da mesma falta de unidade conceitual que o seu conteúdo - ou seja, que as fundadas

²⁰⁷ Para um estudo aprofundado sobre o tema da justa causa para a ação penal, inclusive sobre a etimologia do termo, v. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal - Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 25ss.

²⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 163. Ver também DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 332ss.

²⁰⁹ MOURA, *op.cit.*, pp. 174-175.

razões acima referidas. Nesse sentido, Maria Thereza expunha “o quão difícil, senão impossível, é estabelecer-se uma definição de justa causa que se ajuste a todas as suas múltiplas facetas”.²¹⁰ Dele, no entanto, podemos chegar a uma das reflexões centrais do presente trabalho, que é o caráter eminentemente político dessa terminologia.

De fato, tanto o novo conceito de justa causa como as fundadas razões que o preenchem são (não tão) novas formas de se abordar o problema dos ingressos domiciliares sem mandado nos casos de flagrante delito. Ambos seriam parte de uma evolução no entendimento anterior, a fim de tornar mais efetivo o controle sobre a atividade policial, que é eminentemente discricionária²¹¹, mas não pode - e não deve - ser arbitrária. Se assim não fosse, e o entendimento anterior subsistisse, as ingerências sobre a garantia fundamental da inviolabilidade de domicílio tornariam inócua sua previsão, anulando-a.

Todavia, dada a hegemonia do discurso da guerra às drogas, a excepcionar cada vez mais direitos e garantias em busca da vitória, em combate, sobre o inimigo comum, é preciso refletir sobre os perigos dessa conceituação indeterminada, deixada ao famoso *prudente arbítrio judicial*. Ela não é indeterminada porque assim quis o Supremo Tribunal Federal; mas talvez assim tenham optado os Ministros ao utilizarem de um conceito que é, sim, de caráter eminentemente político

[...] não se pode olvidar que, por envolver conteúdo axiológico, o conceito de justa causa sofre significativa influência da realidade política. Até porque urge adequar seu significado ao contexto político vivido em determinada época, segundo o entendimento que se tenha de justiça, sob seus aspectos formal e material, inclusive na configuração de condutas delituosas. [...] a justa causa exerce uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica, avizinhando-se dos “conceitos-válvula”, isto é, “de parâmetros variáveis que consistem em adequar concretamente a disciplina jurídica às múltiplas exigências que emergem da trama do tecido social”.²¹²

²¹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal - Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

²¹¹ O que foi reconhecido em diversos votos. Veja-se o voto oral do Ministro Ricardo Lewandowski, que disse “A Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificação qualquer [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

²¹² MOURA, *op. cit.*, p. 99.

É importante reconhecer o caráter político conferido ao conceito de justa causa²¹³ porque sua fixação como parâmetro para os ingressos domiciliares, em um contexto de guerra *declarada*, senão manter o atual quadro de violações policiais, tende a piorá-las. Se o conceito pode ser utilizado para garantir a inviolabilidade de domicílio na política criminal de drogas, como quis firmar o Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo ele pode subjugá-la, o que vem sendo reiteradamente feito pela jurisprudência ao mesclar o novo entendimento com o anterior. O que era para ser uma virada, em verdade, tem se tornado a reafirmação de uma política autoritária e de exceção sob nova terminologia, salvo raras exceções. É o que será visto a seguir.

²¹³ No ponto, é importante a proposição de Gabriel Antinolfi Divan no sentido de uma revisão do conceito de justa causa com base na aceitação de seu caráter político-criminal, reconhecendo as limitações da própria ideia estabelecida no senso comum do que é e para que serve a jurisdição. Embora o autor tenha construído sua obra na perspectiva de que a justa causa é um importante instrumento para se garantir a utilização do direito penal como *ultima ratio*, reiterando que determinados conflitos sociais não deveriam ter espaço nessa arena de disputa que é a função jurisdicional do Estado, é importante reconhecer uma ponte entre as premissas por ele levantadas e o aqui exposto. DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 390.

4. A política criminal de guerra às drogas na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: em que se constitui a justa causa para o ingresso domiciliar?

Expostos tanto o discurso hegemônico sobre a guerra às drogas como o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema das buscas domiciliares realizadas nesse contexto, importante, agora, analisar quais os efeitos concretos de ambos. Se de fato a política criminal ocupa um espaço importante dentro das decisões judiciais e há uma política jurisdicional complacente com a busca de um inimigo e o seu combate, tudo isso sob a égide do Estado de Direito, é central que se busque identificar sinais disso na jurisprudência.

Para tanto, o presente capítulo busca retratar uma singela radiografia do tratamento dispensado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aos casos em que realizadas buscas domiciliares por policiais, sem mandado judicial, dentro dessa política criminal de enfrentamento às drogas, autoritária e discricionária - no sentido já acima visto. Em um primeiro momento, apresentar-se-á o peculiar desenvolvimento dado pelo próprio Tribunal ao tema, em sentido diverso do que se passou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, restringida a análise às Câmaras *baixas*, ou seja, à Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais, competentes para o julgamento dos delitos descritos na Lei nº 11.343/06.

Em segundo plano, a atenção será voltada unicamente para a Terceira Câmara Criminal, importante *locus* de superação do entendimento anteriormente afirmado de modo quase unânime pelo restante da jurisprudência. A partir da análise dos julgamentos nela prolatados é que será possível estabelecer um panorama antes/depois da superação proposta pelo Supremo Tribunal Federal, verificando se de fato há alguma diferença a ser estabelecida, para um maior ou menor controle da atividade policial, conforme a interpretação dada ao que seria uma justa causa para autorizar o ingresso no domicílio.

Vale ressaltar que os dados aqui expostos foram coletados em pesquisa anteriormente realizada, mas que tinha por mote apenas identificar se o Tribunal acolhia as arguições de violação de domicílio e, se o fazia, com base em que argumentos, considerados genericamente. Diferentemente, aqui o objetivo é apresentar de modo crítico quais os critérios prevalentes ao se decidir pela presença

(ou não) dessa específica justa causa, a legitimar a violação do domicílio por parte do Estado, ressaltando pontos-chave da atuação policial discricionária, que é muitas vezes legitimada pelo silêncio do poder jurídico.

Por último, é importante ressaltar que todas as referências aos julgamentos realizados serão feitas de modo a identificar particularmente cada acórdão, com numeração, relatoria e data do julgamento. O nome das partes será dispensado para evitar desnecessária exposição da intimidade dos réus, o que só será feito por siglas quando extremamente necessário para sua diferenciação dentro da situação fática descrita.

4.1 O particular dissenso entre as Câmaras Criminais do TJRS

Antes mesmo da alteração do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 603.616/RO, já não havia um pensamento unívoco no âmbito do TJRS acerca das invasões de domicílio praticadas pela polícia em busca de drogas e de armas. Embora a concepção mais conservadora - aquela em que bastava a constatação do crime permanente para que a busca restasse legitimada por seu resultado - tivesse maior abrangência, ela não era a única. Despontava uma outra forma de encarar essa problemática.

Ao menos até 2015 era possível estabelecer duas concepções distintas e bem delineadas: uma delas, majoritariamente adotada pela Primeira e Segunda Câmaras Criminais, era aquela em que bastava a constatação posterior do crime permanente e a busca estaria em conformidade com a exceção constitucionalmente prevista²¹⁴; a outra, presente na Terceira Câmara Criminal, impunha uma análise mais rigorosa da abordagem policial, em dois sentidos.

²¹⁴ Nesse sentido, o julgamento das AC 70064388788, 70064916927, 70066249921, 70061611141 e 70065463069, sendo pertinente citar trecho da ementa do último acórdão, por ser ilustrativa do entendimento exposto: "APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLANTAÇÃO DE MACONHA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. Preliminar de ilicitude da prova por suposta violação de domicílio. Configurado o estado flagrancial, afastada está qualquer ilegalidade na busca domiciliar efetivada, porquanto o próprio inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, quando estabelece a inviolabilidade do domicílio, excepciona a regra em casos de flagrante delito. Outrossim, por tratar o delito de tráfico de drogas de crime de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o flagrante se verifica no momento em que é constatada uma das ações previstas no tipo penal, sendo de ação múltipla.[...](Apelação Crime Nº 70065463069, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 05/11/2015)". RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065463069**. Relator: Des. Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 5 nov.2015. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70065463069&ano=2015&codigo=1899677>. Acesso em 25 nov. 2016.

O primeiro deles era de que o ingresso domiciliar só era conforme a Constituição se precedido de razões que concretamente demonstrassem como o policial sabia que o crime permanente estava ocorrendo dentro do domicílio²¹⁵. Caso elas fossem demonstradas, o ingresso domiciliar seria legítimo e a prova dele extraída, através das buscas, seria reconhecidamente lícita. A outra compreensão era muito semelhante, mas afirmava com maior veemência o núcleo fundamental da garantia da inviolabilidade de domicílio, divergindo apenas no rigorismo do critério: se na primeira as razões que levaram o policial a constatar *ex ante* o flagrante bastavam, nessa, era necessário que os agentes demonstrassem que constataram o flagrante delito ocorrendo antes de ingressarem no domicílio. Não bastava, portanto, a existência de razões que levassem a crer na sua ocorrência dentro do domicílio, pois era necessária a *certeza visual* da sua prática.²¹⁶

Tanto essa pequena divergência interna da Terceira Câmara, como as posições dominantes na Primeira e na Segunda, mantiveram-se por determinado período de tempo produzindo decisões conflitantes quando o assunto era a garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio. A depender da Câmara em que fosse julgado o recurso, poderia haver (ou não) uma avaliação sobre o que motivou os policiais a ingressarem forçadamente no domicílio alheio, apreendendo, então, determinada quantidade de drogas.

Ainda que minoritário, o posicionamento vigente à época na Terceira Câmara Criminal expressamente fazia frente ao imediatismo eficiente e ao atropelo de garantias que são comuns no discurso de guerra às drogas, reafirmando a proteção

²¹⁵ Exemplo disso é o entendimento manifestado na AC 70059133173. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70059133173**. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 10 jul. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70059133173&ano=2014&codigo=1036711>. Acesso em 25 nov. 2016.

²¹⁶ Nesse sentido encontra-se a AC 70052545696, julgada ainda no início de 2013, na qual consignou o relator, Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro: “[...] somente há certeza quando os agentes policiais conseguem ver no interior da residência a prática de crime ou, noutras situações, conseguem ouvir que está ocorrendo um delito.” RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70052545696**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 01 fev. 2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70052545696&ano=2013&codigo=115702>. Acesso em 26 nov. 2016. Um entendimento muito semelhante a este é aquele defendido por Luís Carlos Valois, apoiando-se em lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, ao sustentar que a garantia constitucional só poderia ser relativizada “quando o agente é surpreendido cometendo a infração ou quando acaba de cometê-la - situações de flagrante próprio - [...] pois as demais formas de flagrante (quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração, hipótese do inciso III acima referido; ou quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, hipótese do inciso IV) são construções, resultado da política criminal, do legislador.” (VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 471).

constitucional erigida sobre o domicílio de forma a afastar a possibilidade de que as invasões se dêem de forma arbitrária. A rigidez com que eram analisadas as razões trazidas pelos agentes da força pública, exigindo que o ingresso fosse antecedido da certeza visual da prática do crime, refletia uma visão já preocupada com a falta de controle da atuação policial no exercício da força que lhes é dada em monopólio, mas que deveria ser utilizada com a racionalidade esperada no Estado Constitucional. Se o que havia era uma fundada suspeita, constituída sobre razões fortes de que ocorria tráfico de drogas no local, a saída para a relativização do direito fundamental era a representação pelo mandado judicial, que poderia autorizar o ingresso, a depender das razões declinadas.

Entendimento diverso desse anularia a garantia e daria mais concretude ainda à teorização de que alguns cidadãos não mereceriam a proteção constitucional, ou todos os direitos referentes à cidadania plena, pois é certo que as violações ocorridas na política criminal de drogas tinham lugar apenas em regiões mais humildes.

Diante dessas considerações, é necessário pontuar temporalmente a superveniência do julgamento pelo STF do Tema 280. Embora a já mencionada evolução particular de entendimento ocorrida no TJRS, também essa virada jurisprudencial do Supremo teve efeitos sobre a compreensão das Câmaras acerca dessa problemática. Cronologicamente, o julgamento do RE 603.616/RO ocorreu em 05 de novembro de 2015, sendo o inteiro teor do acórdão publicado apenas em 10 de maio de 2016, enquanto o trânsito em julgado do recurso se deu em 22 de agosto de 2016.²¹⁷ É recentíssima, portanto, a definição da nova tese, o que certamente influencia no lento processo de adaptação do tratamento dado pelos demais tribunais ao tema.

Mesmo assim, é importante notar que algumas decisões, tanto em um sentido como em outro, mantém os posicionamentos anteriores, algumas delas apenas acrescentando algo sobre o novo entendimento, como a citação de trecho do julgado ou da ementa do acórdão. Isso demonstra que, apesar de recente, a tese já vem sendo absorvida pelo Tribunal de Justiça. Se a aplicação é a mais correta ou mais consentânea com a tese, isso será analisado mais tarde. Aqui, importante destacar

²¹⁷ Datas disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280>>. Acesso em 26 nov. 2016.

que ela já não é uma ilustre desconhecida no âmbito do TJRS, em que pese sua recente definição.

Nesse exato contexto, para prosseguir na análise dos critérios que a política jurisdicional vem adotando para reconhecer presente a justa causa para o ingresso domiciliar, é importante fixar desde já que as decisões analisadas serão apenas aquelas proferidas pela Terceira Câmara Criminal, e há uma *fundada razão* para tanto. Não se ignoram as leituras de que o novo entendimento manifestado pelo STF deixaria claro o "*caráter policial*" da decisão, reafirmando o que já se tinha anteriormente, que era o ingresso domiciliar sob discricionariedade do agente.²¹⁸ No entanto, disso difere o fato de que, diante da tese fixada, é possível reafirmar que o crime permanente tudo permite, acrescentando que a nova interpretação apenas consagrou a possibilidade de ingresso domiciliar sem mandado, a qualquer hora do dia ou da noite; mas também que a decisão exigiu maior zelo do Judiciário no trato da questão, sendo impositivo que, conforme o próprio acórdão refere, seja formada uma jurisprudência de base acerca do que seriam as fundadas razões.²¹⁹

Essas posições são diametralmente opostas e marcam a recepção da nova tese pela jurisprudência do TJRS²²⁰. No sentido de confirmar o anterior entendimento, encontram-se os julgados da Primeira e da Segunda Câmara Criminal²²¹, não sendo possível extrair deles - com raras exceções - uma análise

²¹⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 471.

²¹⁹ Nesse sentido encontra-se o voto do Ministro Edson Fachin, que expressamente refere "*em quais hipóteses essas razões são ou não fundadas, creio ser mais adequada a formação de uma jurisprudência de base que possa, no futuro, vir a ser, caso a caso, sindicada perante esta Corte*". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 26 nov.2016.

²²⁰ A afirmação soa forte, mas decorre de extensa pesquisa realizada sob o título "*Controle jurisdicional da atuação policial na política criminal de combate ao tráfico de drogas: a (in)existência de critérios legitimadores das buscas domiciliares realizadas sem mandado judicial na jurisprudência do TJRS*" e apresentada no XXVIII Salão de Iniciação Científica da UFRGS. Nela, foram analisados 90 (noventa) acórdãos do TJRS, nos quais enfrentadas alegações de violação de domicílio pela Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais, podendo ser delineadas algumas conclusões, como essa acima mencionada, de que apenas a Terceira Câmara Criminal realiza, há algum tempo, a análise dos motivos que levaram os policiais a ingressarem naquele específico domicílio.

²²¹ A exemplo disso, o julgamento das apelações criminais 70054761077, 70067184259 e 70069393965. Esta última, a AC 70069393965, merece ser ressaltada pela ressalva de entendimento do Relator, uma vez que reiteradamente vencido na Primeira Câmara Criminal e tendo diversos acórdãos revertidos, via julgamento monocrático, pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que manter o posicionamento de que algo além do crime permanente era necessário seria *dar murro em ponta de faca*. Curiosamente, o julgado é posterior à decisão final do RE 603.616/RO no STF, na qual foi adotado o posicionamento anteriormente sustentado pelo relator. V. RIO GRANDE DO SUL, TJRS, **AC 70069393965**. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 16 ago. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70069393965&ano=2016&codigo=1462357>. Acesso em 26 nov. 2016.

acerca das razões que teriam legitimado os policiais a ingressarem no domicílio. Ilustrativo disso é o posicionamento adotado, por exemplo, na AC 70059550590, em que a Primeira Câmara Criminal, por maioria, reformou a sentença absolutória que havia reconhecido a violação do domicílio do réu. Constou no acórdão que

[...] tendo o réu em depósito a substância entorpecente, no interior de sua casa (como se verá a seguir, não há dúvida a respeito de tal fato), como delito de que trata o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se presente, sim, a situação de flagrância, com o que a ação policial não demandava prévia obtenção de mandado de busca, estando autorizados os agentes policiais ao ingresso na residência, sem autorização do morador. Aliás, nos termos da norma constitucional tida por violada, a situação retratada nos autos situa-se nas exceções nela contempladas, consoante afirmado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião de julgamento de recurso extraordinário repetitivo.²²²

Há, portanto, uma resistência a discutir o que seriam essas fundadas razões que o STF afirmou como necessárias para a realização das buscas domiciliares sem mandado, o que inviabiliza o próprio controle policial pretendido pela Corte Constitucional. Através da insistência no entendimento superado, reafirma-se o esvaziamento da garantia e a carta branca ao arbítrio, pois, conforme acima visto, a criação dessa exigência visava justamente tornar mais claras as circunstâncias desse tipo de intervenção à direito fundamental e permitir que, em determinadas situações de abuso, o Poder Judiciário atuasse na sua correção, preservando a garantia.

Em sentido diverso, e na tentativa de se adaptar à nova tese, a Terceira Câmara Criminal vem mudando seus posicionamentos acerca do tema, em evolução²²³ aquele entendimento acima consignado. Antes, era preciso que o policial indicasse como obteve a certeza anterior de que ocorria o delito permanente dentro da residência; agora, várias são as situações que se põe perante a discricionariedade policial e também ao controle jurisdicional. É nessa relação entre polícia e judiciário que se pretende expor, criticamente, as situações limites da política criminal de guerra às drogas, verificando-se especialmente como o Poder Judiciário, ciente de seu papel de *controlador*, aborda tanto situações de evidente autoritarismo de Estado como outras, que se situam em zona gris.

²²² RIO GRANDE DO SUL, TJRS, **AC 70059550590**. Relator: Des. Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 10 ago. 2016. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70059550590&ano=2016&codigo=1407720>. Acesso em 26 nov. 2016.

²²³ A utilização do termo não significa que a mudança tenha sido positiva, no sentido em que aparentemente almejado, conforme será visto a seguir.

4.2 Critérios considerados para o preenchimento da nova justa causa

Antes de adentrar a apresentação dos critérios encontrados na jurisprudência da Terceira Câmara Criminal, é importante ressaltar, apenas a título introdutório, o caso concreto sobre o qual se firmou a nova tese do STF sobre a busca domiciliar desacompanhada de mandado em caso de flagrante delito. Nele, como o recurso extraordinário foi desprovido, considerou-se presente a justa causa para a violação do domicílio, pois presentes as fundadas razões a legitimar o ingresso.

Conforme extrai-se do acórdão, policiais investigavam as atividades de PRL²²⁴ e de RC, suspeitos de transportarem drogas. Inclusive, já teriam monitorado encontro entre ambos e, no dia das prisões, teriam acompanhado a saída de RC da casa de PRL, dirigindo um caminhão. O veículo foi interceptado e nele foram apreendidos 23,421 Kg (vinte e três quilos, quatrocentos e vinte e um gramas) de cocaína. Após sua prisão, RC teria afirmado aos policiais que recebeu a droga de PRL, tendo os agentes se dirigido até a residência deste, ingressando sem mandado judicial ou consentimento do morador. Lá, revistaram o veículo Ford Focus que se encontrava na garagem da residência e nele encontraram 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) de cocaína. Assim como RC, PRL foi preso em flagrante.²²⁵

Diante disso, estabeleceu o Ministro Relator que *“o ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado [RC], elementos suficientes para indicar fundadas razões de que [PRL] estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas”*.²²⁶ Importante destacar, ainda, que o caminhão conduzido por RC era de propriedade de PRL, assim como o veículo encontrado na garagem da residência.

Extrai-se do caso, portanto, que a soma do acompanhamento prévio com a declaração do corréu, flagrado transportando grande quantidade de entorpecente,

²²⁴ Conforme já adiantado, no decorrer desta parte do trabalho, os nomes dos réus e das rés serão preservados mediante a utilização de siglas, utilizadas apenas para evitar confusões e facilitar sua diferenciação, não sendo o objetivo identificá-los para qualquer tipo de exposição, ainda que acadêmica.

²²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 603.616/RO**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 26 nov.2016.

²²⁶ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>, pp. 26-27. Acesso em 26 nov.2016.

seria o suficiente para legitimar o ingresso no domicílio. Esses dois elementos constituiriam, juntos, as *fundadas razões* aptas a justificar a violação do domicílio.

Essa interpretação não foi acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio, que não só fez questão de externar sua preocupação com a tese firmada em abstrato²²⁷, mas também divergiu sobre a análise do caso concreto. Conforme o Ministro, a conduta do tráfico exauriu-se na abordagem policial ao caminhão, não havendo falar em crime permanente que permitisse o ingresso no domicílio do corréu. Portanto, o ingresso no domicílio teria ocorrido ao arrepio da Constituição, pois não foi verificada a hipótese de flagrante delito a excepcionar a garantia prevista, estando a conduta já exaurida com a prisão de RC.

O caso é emblemático por demonstrar que, em primeiro lugar, a tese fixada em abstrato não alcançou a unanimidade entre os Ministros do Supremo. Em segundo lugar, ele demonstra que a interpretação do que constituiria a justa causa para o ingresso domiciliar também deve ser objeto de intensa disputa interpretativa na política jurisdicional, sendo possível antever algumas tendências. Dentre elas, poderão existir interpretações que se aproximem de um Direito Penal do Inimigo, em conformidade com o discurso da exceção permanente da guerra às drogas, relativizando ao máximo a garantia. Para além destas, não se pode excluir a existência de outras, mais moderadas, que tentem reafirmar a ordem jurídica constitucionalmente erigida através da manutenção incólume de todas as garantias, mesmo para aqueles que eventualmente tenham cometido um crime.

4.2.1 Indicação por terceiro

Conforme o caso acima analisado, constituem fundadas razões para o ingresso domiciliar sem mandado a soma de dois fatores: o acompanhamento prévio

²²⁷ Em regime de discussão, durante o julgamento do RE 603.616/RO, o Ministro Marco Aurélio fez duras críticas ao entendimento que se assentava na Corte: “*Agora, receio muito, Presidente, que, a partir de simples suposição - e de bem-intencionados o Brasil está cheio -, coloque-se, em segundo plano, uma garantia constitucional, que é a inviolabilidade do domicílio. O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico? Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>, p. 31. Acesso em 26 nov.2016.

dos investigados e as declarações de um deles (no sentido de que transportava a droga a mando do outro). O primeiro fator é notavelmente insuficiente para, sozinho, legitimar a realização das buscas, porque não demonstrada a imprescindibilidade do mandado, caso o acompanhamento estivesse sendo feito em meio às investigações. Em quase todos os casos analisados, as diligências policiais de acompanhamento, muito conhecidas pelo nome de *campanas*, foram somadas a algum (ou alguns) outro elemento para ser reconhecida a existência de justa causa para a violação do domicílio e apreensão de drogas e armas.

A atenção, aqui, é voltada para o segundo elemento, qual seja, a declaração obtida de terceiro, seja ele também investigado, pessoa completamente alheia ao fato, usuário de drogas, familiar, entre outras qualificações que poderão ser sempre renovadas pela casuística. Há necessárias diferenças entre a informação repassada por cada um desses emissores, assim como também importa a forma como ela é recebida, o que será objeto de análise. Aquele que também é investigado como traficante teria o interesse de não sofrer a persecução penal, afirmando-se usuário e indicando o outro como vendedor; a pessoa completamente alheia ao fato, por desentendimento prévio, poderia delatar em falso a prática de tráfico. Enfim, são várias as possibilidades a serem analisadas.

No caso concreto sobre o qual foi fixada a nova tese pelo STF, o acórdão consignou que RC teria sido preso e, após sua prisão, teria confessado que transportava cocaína a mando de RPL. No ponto, o Ministro Marco Aurélio consignou em seu voto que RC teria especificamente dito que receberia R\$ 200,00 (duzentos reais) pelo transporte da droga, que seriam pagos por RPL, ou seja, estariam fazendo um *frete* do material ilícito. Em primeiro lugar, não há qualquer esclarecimento sobre o momento em que essa confissão foi obtida, se já na lavratura do flagrante, em interrogatório formalizado e acompanhado de advogado,

ou informalmente, como lamentavelmente²²⁸ ocorre em alguns dos casos analisados.²²⁹

Em segundo lugar, não está claro no acórdão qual o grau de importância dado ao conteúdo da indicação feita pelo terceiro, o que deveria ter grande influência na verificação da presença das fundadas razões, já que elas devem racionalmente proporcionar motivos para o ingresso no domicílio sem a presença de um mandado. No caso apresentado, pode-se destacar que RC (i) confessou ter realizado o transporte de cocaína; (ii) estava transportando a droga a pedido de outrem quando flagrado; (iii) o transporte era realizado mediante o pagamento de quantia em dinheiro; (iv) o caminhão pertencia ao mesmo indivíduo que teria oferecido o pagamento pelo transporte; (v) os policiais acompanharam a movimentação de RC desde que o caminhão deixou a casa de RPL. Esses eram os elementos disponíveis aos policiais no momento em que decidiram por ingressar no domicílio de RPL, somados, é certo, ao acompanhamento prévio que já vinham fazendo.

Embora não tenha sido consignado expressamente - talvez porque o recurso extraordinário não é espaço para discussão probatória²³⁰ -, seria importante considerar, no caso concreto, que o caminhão interceptado não só era de RPL como teria saído de sua residência, elementos fortes a indicar que o local seria um depósito de drogas, o que reforçaria, em tese, a presença das fundadas razões. Todavia, do modo como foi consignado, parece que qualquer indicação do corréu bastaria para que fosse possível adentrar o domicílio de RPL.

²²⁸ Diz-se lamentavelmente porque a literatura específica indica, nesses momentos, a presença regular de pressões psicológicas e de violência institucionalizada no agir policial, especialmente para se obter a tão esperada confissão. Ver, por todos, GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 83ss.

²²⁹ Por todos, o caso da AC 70065555039, julgada pela Primeira Câmara Criminal, em que um dos réus foi preso junto com um adolescente, portanto determinada quantidade de drogas, e teria confessado *informalmente* aos policiais militares que a droga estaria sendo preparada em determinada residência, o que os motivou a nela ingressar, apreendendo maior quantidade. O acórdão não analisa a fundo se isso bastaria para a violação do domicílio, mas consigna que o próprio réu, em juízo, teria confirmado a indicação da residência, sem confessar a prática do tráfico. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065555039**. Relator: Des. Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 04 nov. 2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70065555039&ano=2015&codigo=1869358>. Acesso em 27nov.2016)

²³⁰ Conforme dispõe a súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: "*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 27nov.2016.

Nesses termos, há antigo posicionamento da Terceira Câmara Criminal acerca da insuficiência da indicação de terceiro para validar a violação de domicílio, pois essa informação poderia ser levemente declinada.²³¹ Imagine-se o caso em que um indivíduo é abordado em via pública por policiais e com ele é apreendida determinada quantidade de droga, o que é muito comum em áreas mais pobres.²³² Mesmo usuário, não são poucos os relatos de pressão dos policiais para que indique o local onde adquiriu a droga, sob pena de ser levado preso como incurso no delito de tráfico de drogas. Nessa situação, ele poderia indicar qualquer residência nas proximidades, ou até, possivelmente, ser forjada uma indicação qualquer, caso assim desejassem os policiais.²³³

Essa última hipótese, aliás, foi reconhecida no julgamento da AC 70065225930, na qual o usuário abordado em via pública teria referido, em juízo, o seguinte

[...] alegou ter sido coagido fisicamente pelos policiais militares a depor contra [...] em sede policial – *ocasião em que confessou ter comprado a droga apreendida com ele, nos “apartamentos do Pestano”, e de não ter sido a primeira vez que adquirira a substância ilícita com o acusado (f. 17)*. Estava na estrada próxima aos “apartamentos do Pestano” quando os policiais militares o abordaram, encontrando duas pedras de crack em sua posse. Após, eles colocaram-no dentro da viatura policial e perguntaram-lhe onde havia adquirido a droga. Respondeu que havia adquirido de um homem com uma bicicleta, mas um dos policiais lhe disse que “*não, tu vai comigo, porque nós vamos invadir a casa do “Bam Bam” no “Pestano” e tu vai servir de testemunha*”. Não presenciou a investida na residência de [...], pois permaneceu na viatura policial com “*algo na cabeça*” enquanto a abordagem era realizada. Não viu o material apreendido. Confirmou sua assinatura e o teor de seus ditos em sede policial, reiterando que fora

²³¹ Por todos, ver o acórdão da AC 70054254180. Nele, o indivíduo VMR teria sido abordado e com ele foram apreendidos 3,6 g (três gramas e 600 miligramas) de cocaína, momento em que diz ter sido agredido até indicar qualquer residência em que era possível encontrar drogas. Foi então que os policiais se dirigiram até a residência de ELD: “*Caso [VMR] tivesse sido abordado saindo da casa de [ELD] na posse da droga, daí sim os policiais estaria legitimados a ali adentrar, independentemente de mandado judicial. Contudo, os agentes públicos não podem ingressar na residência das pessoas a partir, simplesmente, de uma informação recebida de um terceiro na rua, pois esta afirmação pode ser leviana. Devem os agentes certificar-se, a partir de investigações, acerca da informação.*” RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AC 70054254180. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 13 mar. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70054254180&ano=2014&codigo=280832>. Acesso em 27 nov. 2016.

²³² Conforme Luís Carlos Valois, “*é público e notório que a polícia ingressa nas comunidades pobres, revista, coloca na parede, de cara para o chão, moradores, suspeitos, sem qualquer procedimento prévio, tudo em nome da guerra às drogas*”. (VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016., p. 461)

²³³ A afirmação não tem por intuito construir uma imagem tirânica da figura do policial, embora as questionáveis bases de atuação com que as polícias, especialmente as militarizadas, trabalham. A referência reflete uma realidade inconveniente que tem por uma de suas origens, inclusive, o discurso de eficiência da política criminal de drogas.

coagido pelo policial Leandro a depor contra [...], pois do contrário ele iria lhe “cagar a pau”.²³⁴ (Grifos no original)

A problemática vai um pouco além quando o terceiro alega ter sido torturado para obtenção das informações que motivam a invasão do domicílio. Esse é o caso da AC 70070874847²³⁵, na qual o réu JVSS alegou ter sido torturado²³⁶ por policiais militares com o objetivo de que indicasse pessoas que teriam participado de um roubo a uma joalheria, bem como seus endereços e locais em que os bens subtraídos estavam escondidos. Infere-se que o objetivo da *prática* policial não era obter informação acerca do tráfico de drogas, mas, de qualquer modo, os policiais disseram ter se dirigido à residência de ERM e lá encontrado quase 200g (duzentos gramas) de *crack*. Nesse caso, não só a forma como a informação foi recebida do terceiro foi judicialmente infirmada, mas também as demais possibilidades aventadas de *fundadas razões* para o ingresso. A uma, a motivação primeira do ingresso era a informação sobre o crime de roubo, obtida provavelmente mediante violência contra o corréu. A duas, se a suspeita era de roubo, que não se trata de crime permanente, a hipótese de que estaria ocorrendo flagrante delito dentro da residência se esvai. A três, sobra apenas a apreensão posterior da droga, já dentro da residência, o que não poderia legitimar a ação por si só, conforme a própria decisão do STF firmou. Ao final, foi reconhecida a invasão de domicílio, pois não constatadas as fundadas razões que levaram os policiais a ingressarem na residência de ERM.

²³⁴ Desse mesmo acórdão, é importante consignar trecho da análise da prova em que reconhecida a utilização do usuário apenas como *“catapulta para a busca não autorizada que se seguiu”*: *“Isto, lamentavelmente, tem-se tornado muito comum: o desempenho de uma atividade investigativa indevida, como um “puxar o fio da meada” mediante o constrangimento de usuários flagrados na posse de drogas à indicação de sua fonte de abastecimento, buscando assim legitimar invasões e buscas por agentes do policiamento ostensivo, em flagrante desvio de função.”* RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065225930**. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 20 ago. 2015, disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70065225930&ano=2015&codigo=1422310>. Acesso em 27nov.2016.

²³⁵ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70070874847**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70070874847&ano=2016&codigo=2228619>. Acesso em 27nov.2016.

²³⁶ A hipótese de tortura, no caso em questão, foi corroborada por testemunha que presenciou a abordagem e pelo laudo de exame corporal, em que constatadas diversas lesões no acusado JVSS. Essa hipótese - usuário torturado para obtenção de informação - também foi verificada na AC 70063741219, julgada pela Segunda Câmara Criminal, na qual a busca foi reconhecida como regular, por ter sido verificado o crime permanente. A alegação de tortura foi deixada de lado na análise das razões que levaram à violação de domicílio. V. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70063741219**. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 11 jun. 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70063741219&ano=2015&codigo=900234>. Acesso em 27nov.2016.

Esse caso é emblemático por trazer outras importantes circunstâncias, que serão mais a frente referidas, relativas à atitude do réu ERM ao perceber a abordagem que se avizinhava e ao fato de que algumas contradições foram constatadas no relato dos policiais sobre a forma da abordagem - o que tem muita importância quando é dessas versões que devem ser extraídos os critérios legitimadores para as buscas.

Voltando aos casos em que há simples referência de terceiro, a mudança de entendimento no âmbito do STF tem produzido o que se pode chamar de uma reinterpretção pela Terceira Câmara Criminal. Se antes da nova tese, conforme acima visto, a mera indicação não constituía fundamento para o ingresso no domicílio, podendo se tratar de referência leviana, agora, o apontamento feito por terceiro passou a constituir *justa causa* para o ingresso na casa alheia, especialmente quando feito por usuário de drogas. É o que se decidiu na AC 70068824770, em que um usuário teria sido abordado em uma motocicleta por policiais militares, portando pouca quantidade de cocaína, tendo indicado a residência dos réus como o local em que a teria adquirido

Na espécie, após a abordagem de [...], os agentes públicos apreenderam em poder dele seis pedacinhos de cocaína, ocasião em que ele indicou o local descrito na inicial como o ponto de venda, o que motivou o deslocamento dos policiais militares até a residência dos denunciados e, após revista, localizaram outras drogas no imóvel. Portanto, observado o paradigma traçado pelo Supremo Tribunal Federal, e havendo fundadas razões da prática do crime de tráfico de drogas no imóvel habitado pelos réus, não há falar em nulidade da prova.²³⁷

O mesmo se observa na AC 70058100272, em que o usuário teria sido abordado logo na saída da residência, trazendo consigo duas pedras de *crack*, o que motivou o ingresso dos policiais militares na residência do réu, apreendendo maior quantidade.²³⁸ É importante destacar as diferenças entre ambos os casos, embora a solução dada tenha sido a mesma. Enquanto no primeiro o usuário conduzia uma motocicleta quando foi abordado, já distante do local em que foi adquirida a droga, no segundo, os policiais averiguavam denúncias sobre tráfico

²³⁷ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068824770**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 20 jul. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70068824770&ano=2016&codigo=1262848>. Acesso em 27nov.2016.

²³⁸ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70058100272**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 31 ago. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058100272&ano=2016&codigo=1594300>. Acesso em 27nov.2016.

quando visualizaram o usuário saindo da residência. Realizada a abordagem e apreendida a droga, ingressaram no domicílio do réu. A semelhança entre ambos - a presença de usuário - pode, eventualmente, ceder pelas peculiaridades de cada caso.

Extraí-se, portanto, uma diferença no tratamento do tema, acompanhando cronologicamente a mudança de entendimento do STF com uma interpretação menos abrangente da garantia da inviolabilidade do domicílio, admitidas hipóteses mais alargadas dos conceitos de justa causa e de fundadas razões. Também é possível concluir que há diferenças entre a indicação do terceiro e a sua forma, se possivelmente obtida mediante violência, se ele ostentava a condição de coinvestigado ou de usuário de drogas - podendo este último já estar em local distante e ter comprado a droga há muito tempo, ou recém tê-la adquirido. Essas circunstâncias, no sentido da nova tese fixada pelo Supremo, devem ser bem demarcadas nos casos para dar controlabilidade às ações policiais pelo judiciário.

4.2.2 Informações anônimas

Outra situação muito comum na atual política criminal de guerra às drogas é a abordagem policial realizada com base em informação repassada por terceiro sem nenhuma relação com o fato, especialmente quando ela é anônima. Também conhecida como "denúncia" anônima, informação sigilosa, informe apócrifo, entre outras nomenclaturas, esse tipo de elemento geralmente é recebido pelos policiais via telefonema, mas também pode ser obtido mediante entrevistas informais, abordagem dos agentes quando estes se encontram em patrulhamento, ou até mediante comparecimento à delegacia de polícia, respeitado sempre o desejo da pessoa de não ser identificada.²³⁹

As razões que levam pessoas a prestar esse tipo de informação são inúmeras, preocupadas com o envolvimento familiar, tanto no tráfico como no consumo de drogas, com os índices de criminalidade do bairro em que vivem, razões pessoais, rugas com determinado indivíduo, entre outras. É por meio delas que muitas investigações são instauradas pela polícia judiciária e também muitas abordagens são realizadas pela polícia ostensiva.

²³⁹ Anonimato este que geralmente é motivado pelo temor em sofrer represálias.

A grande problemática se encontra no fato de que esse tipo de informação, protegida pelo anonimato, pode levar a apontamentos muito mais levianos que a primeira situação analisada acima. Isso porque a falsidade do relato não gera qualquer tipo de responsabilização, já que seu autor teria sua identidade protegida justamente porque só assim repassaria o informe. Essa seria a sua ambiguidade ínsita: a única possibilidade de emissão da informação é o anonimato e, por meio dele, ninguém se responsabiliza pela informação repassada, o que torna no mínimo irresponsável - para não dizer perigoso - restringir um direito fundamental apenas por essa razão.

O próprio Supremo, ao julgar o RE 603.616/RO, reafirmou sua antiga jurisprudência de que a informação anônima não seria suficiente para legitimar restrições a direitos fundamentais, especialmente a garantia da inviolabilidade do domicílio. Segundo constou nessa decisão, o informe apócrifo serviria tão só para realização de outras diligências, pois apenas sobre ele não seria sequer possível instaurar um inquérito, quanto mais legitimar a violação de um domicílio.²⁴⁰Nem a informação anônima, nem aquela prestada por informante policial, nem aquela obtida por meio ilícito - como eventual interceptação telefônica que é realizada sem autorização judicial e, para ser utilizada, é justificada como informação anônima de fonte confidencial - poderiam, conforme o próprio STF, servir como *razões fundadas* para o ingresso no domicílio.

Nesse sentido já se encontrava a posição da Terceira Câmara Criminal, como se pode extrair das AC 70066553447, 70062794219 e 70057746182. Neste último, constou no acórdão que além de a "denúncia" ter sido a única motivação do ingresso no domicílio do réu, ela não foi sequer registrada documentalmente, o que era de extrema importância, diante do contexto probatório do processo

No entanto, não se encontra nos autos qualquer registro de recebimento de informação anônima. O recebimento do informe deu origem ao flagrante (sob violação de domicílio) e, por consequência, à própria denúncia, afigurando-se, pois, como documento de suma relevância ao processo. A certificação das informações com as quais conta a polícia para traçar suas atividades de patrulhamento ostensivo é procedimento simples, porém essencial à conformação legal e à legitimação da ação policial. Inexistindo o documento, faz-se necessária a existência de outros elementos capazes

²⁴⁰ A decisão afirma, na verdade, que qualquer elemento que não tenha força probatória não pode ser utilizado para preencher o critério da justa causa para ingressar no domicílio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

de preencher as lacunas pela investigação. E, no caso concreto, não é possível nominá-las.

No caso concreto, após o recebimento da “denúncia” apócrifa, deveria a guarnição ter registrado o informe e procedido a averiguações iniciais, não podendo realizar o ingresso residencial sem a prévia autorização judicial ou sem a caracterização inequívoca do flagrante.²⁴¹

Um dos perigos do acolhimento acrítico desse tipo de informe, apócrifo, é a possibilidade de que ele seja utilizado como motivação genérica para toda e qualquer violação de domicílio, justificada também por outras razões, ou não, pois a maioria dessas “denúncias” anônimas não são sequer registradas. Só com base nela, é possível aos agentes reafirmar o entendimento anterior à superação dada pelo STF, de modo simples, esvaziando qualquer possibilidade de controle policial, apenas consignando que já existiam denúncias anônimas de tráfico no local. Nesse sentido, já se obteve o reconhecimento de justa causa para o ingresso domiciliar, com base em mera suspeita da prática de tráfico, no âmbito da Terceira Câmara, o que se extrai da AC 70068696681

Conforme se depreende do conteúdo probatório presente nos autos, pode-se constatar, a partir do depoimento dos policiais militares, real situação de flagrante delito, uma vez que os policiais receberam denúncia informando a prática do delito de tráfico pelo acusado, sendo este conhecido anteriormente pelos militares. Após prévia observação no local indicado, os policiais identificaram o acusado e procederam com a abordagem. Ato contínuo, a apreensão do material ilícito concretizou-se com o ingresso dos policiais no domicílio do réu. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, definindo que, no caso de suspeita da prática do crime de tráfico, é possível adentrar residência sem mandado judicial.²⁴²

Conforme já visto acima, se a decisão do STF optou pela terminologia das *fundadas razões*, parece, à primeira vista, ter sido afastada a possibilidade de que

²⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70057746182**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 25 jun 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70057746182&ano=2015&codigo=1038586>. Acesso em 27nov.2016.

²⁴² RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068696681**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 10 ago. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70068696681&ano=2016&codigo=1405433>. Acesso em 27nov. 2016.

apenas suspeitas pudessem relativizar a garantia da inviolabilidade de domicílio²⁴³. No entanto, observa-se que ainda é possível extrair resquícios daquele antigo entendimento na jurisprudência, inclusive na Terceira Câmara Criminal.

4.2.3 Reação à abordagem e *atitude suspeita*

Na maior parte dos casos observados na pesquisa, essas informações anônimas, caso recebidas pela Polícia Civil²⁴⁴, são seguidas de diligências policiais de acompanhamento e observação, como as campanas. Não sendo possível realizá-las ou não as entendendo necessárias, o que é muito comum na atuação da Brigada Militar em nosso Estado, o agente público dirige-se diretamente ao local para averiguação. Nessas situações, é muito comum a soma dos informes apócrifos com outras circunstâncias, geralmente relacionadas à atitude dos investigados no momento da abordagem: a forma como reagem quando avistam a viatura se aproximar, gestos realizados, saída em fuga, arremesso de objetos, enfim. Várias são as condutas relatadas e utilizadas pelos policiais como justificativa para o ingresso no domicílio sem a presença de mandado judicial.

A mais comum delas talvez seja aquela relatada na AC 70051020139, na qual os *“os policiais Luís Alberto e Alexandre unissonamente relataram que receberam informações acerca da traficância no local e, ao avistar um indivíduo correndo para o*

²⁴³ Nesse sentido, inclusive, é a crítica de Ingo Sarlet e Jayme Weingartner Neto acerca do antigo entendimento do STF e que pode ser reprisada para contrapor a tentativa de ressurgir-lo: *“A mera informação, de que o réu é traficante, gravita na esfera das suposições. É estática e não passa de etiqueta acoplada ao ser humano. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio – parece-nos solar o vício lógico do non sequitur. [...] A informação acerca de eventual traficância praticada pelo réu, embora possa autorizar a abordagem policial, na via pública, para averiguação (caracterizando-se fundada suspeita), não é, por si só, indicativo suficiente da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial.”* (SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, p. 559.)

²⁴⁴ Geralmente, a Polícia Civil tende a condutas menos precipitadas, mais atentas aos procedimentos investigativos formalizados, o que significa, no mais das vezes, um cuidado redobrado com os direitos fundamentais dos acusados e das acusadas em geral, no que difere das abordagens realizadas por policiais militares. Para uma crítica à atuação da Brigada Militar quando faz buscas domiciliares, v. LOPES, Fábio Motta. As buscas domiciliares na investigação criminal, pp. 138-142. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta [org.]; BARRETO, Alessandro Gonçalves ... [et al.]. **Investigação criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Ver também, do mesmo autor: LOPES, Fábio Motta. A ilegalidade da busca domiciliar realizada pela polícia militar, pp. 2-3. **Boletim do IBCCRIM**. Ano 17. N. 204. Novembro de 2009.

interior da residência, entraram no local para averiguar".²⁴⁵ Os agentes, a fim de legitimar a ação perpetrada, somam a informação prévia de que ocorria tráfico de drogas em determinado endereço com a reação do cidadão de, ao avistar a aproximação da viatura, refugiar-se em seu domicílio. Entretanto, como não visualizada *ex ante* a situação de flagrante delito, a violação do domicílio foi reconhecida.

Importante é considerar, em ocasiões semelhantes, pequenas divergências fáticas nos casos concretos. Um exemplo disso é a ocasião em que não há informação anônima prévia, e a busca domiciliar ocorre com base apenas na reação do sujeito à presença da polícia. Na maior parte dos casos em que isso ocorre, os policiais militares que participaram da abordagem parecem presumir que isso é o suficiente para que seu ingresso no domicílio esteja autorizado, constitucional e legalmente.²⁴⁶

Se em algumas hipóteses é descrito que o cidadão *visado* pelos agentes foge correndo para dentro da residência, em outras há referência ao simples fato de ele estar ingressando no domicílio no momento da aproximação policial²⁴⁷ - o que significa que possivelmente não teria sequer avistado a aproximação dos policiais -, ou de ter regressado após rápida saída, por qualquer outro possível motivo que não a presença dos policiais, o que não se poderia excluir. Sobre o tema, Ingo Sarlet e

²⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70051020139**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 05 jun 2014. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70051020139&ano=2014&codigo=835186>. Acesso em 28nov.2016.

²⁴⁶ É o que se extrai, por exemplo, da AC 70064034473, em que todos os policiais militares referiram que o motivo das buscas foi a reação de um adolescente que, portando um rádio comunicador, avistou a viatura e subiu correndo as escadas de uma residência, na qual foram presos os quatro réus. Um dos policiais chegou a afirmar que "*nós ingressamos sem mandado porque o crime de tráfico, até aonde me consta, não preciso de um mandado e uma vez que ele está numa situação de flagrante (...)*". O caso é extremamente curioso porque o adolescente, em todas as vezes em que ouvido, tanto na justiça comum como na justiça da infância e juventude, referiu que estava em casa e teria sido levado de lá pelos policiais, que o forçaram a indicar uma residência qualquer que seria invadida. Os réus negaram conhecê-lo. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70064034473**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 09 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70064034473&ano=2016&codigo=2138846>. Acesso em 28nov.2016.

²⁴⁷ Caso da AC 70071559348, no qual policiais estariam averiguando denúncias de tráfico e, ao se aproximar do local, viram o réu apenas ingressando no domicílio. Constatou no acórdão, inclusive, que "*Júlio César, policial civil, em seu relato judicial, da seguinte maneira: '[...] ele (acusado) fez menção de ir para dentro da casa e abordamos ele (acusado) [...]*". Esse é um dos casos emblemáticos a demonstrar a alteração de entendimento da Terceira Câmara Criminal, em conformidade com a tese do STF, para, em verdade, ampliar as hipóteses em que a busca pode ser realizada de forma legítima, mesmo sem mandado. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071559348**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071559348&ano=2016&codigo=2228417>. Acesso em 28 nov.2016.

Jayme Weingartner dizem que, nessas situações, são muito tênues os limites circunstanciais de legitimidade da ação e a ocorrência de um abuso ou arbitrariedade. Isso ocorre porque o fato avaliado pelos policiais, tido por suspeito, encontra-se em zona gris²⁴⁸, muitas vezes não podendo ser estabelecido o limite entre avaliação objetiva e subjetiva do agente.

Antes da mudança de entendimento pelo Supremo, o entendimento predominante na Terceira Câmara Criminal era de que as buscas realizadas nessas condições, sem mandado judicial, estariam em desconformidade com o texto constitucional e, por isso, o seu resultado era o reconhecimento da ilicitude sobre toda a prova material obtida. No entanto, embora esse entendimento ainda esteja presente, vem sendo isoladamente afirmado²⁴⁹, diante da possibilidade de que a soma "*informação anônima sobre o tráfico + ato de evitar a abordagem policial*" seja suficiente para conformação do conceito de justa causa para o ingresso no domicílio.²⁵⁰

Outras hipóteses poderiam ser aventadas, tais como o indivíduo que corre para dentro da residência e deixa cair invólucro com droga²⁵¹; indivíduo que sai da residência portando mochila e com a mão à cintura, demonstra nervosismo e retorna, ao avistar os policiais²⁵²; aproximação de policiais seguida de visualização

²⁴⁸ Conforme os autores, "[...] pode-se figurar que, próximo ao portão, por prudência, o cidadão recolhe-se ao recesso do lar, com dois ou três passos, diante da aproximação de patrulha policial, para evitar confusão ou bala perdida, ou, mesmo, a reiteração de incômodas e às vezes humilhantes abordagens". (SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, pp. 559-560)

²⁴⁹ Por todas, as AC 70059108365 e 70068559962, posteriores à publicação do acórdão do STF. A última delas disponível em: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068559962**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 18 maio 2016. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068559962&ano=2016&codigo=778135)

[numero_processo=70068559962&ano=2016&codigo=778135](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068559962&ano=2016&codigo=778135)>. Acesso em 28 nov. 2016.

²⁵⁰ Nesse sentido, o recente julgamento da AC 70071559348. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071559348**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071559348&ano=2016&codigo=2228417)

[numero_processo=70071559348&ano=2016&codigo=2228417](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071559348&ano=2016&codigo=2228417)>. Acesso em 28 nov. 2016.

²⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70055656672**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 23 nov. 2016. disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70055656672&ano=2016&codigo=2213849>. Acesso em 28 nov. 2016.

²⁵² Caso da AC 70060137429, em que policiais militares estavam em patrulhamento de rotina e avistaram o réu saindo de residência com uma mochila e a mão na cintura. Ao avistar a viatura, ele teria demonstrado nervosismo e voltado para dentro da residência, o que motivou os policiais a ingressarem no domicílio, apreendendo uma pistola e certa quantidade de *crack*. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70060137429**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 21 ago. 2014. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70060137429&ano=2014&codigo=1289812)

[numero_processo=70060137429&ano=2014&codigo=1289812](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70060137429&ano=2014&codigo=1289812)>. Acesso em 28 nov. 2016.

de alguém arremessando algo para fora da residência²⁵³, ou para cima dela, como na AC 70059016568²⁵⁴; a visualização de uma conversa entre morador e transeunte, ou até uma transação entre eles.²⁵⁵ Todas essas circunstâncias estão relacionadas com fatos concretos, que podem ser observados pelos agentes e descritos objetivamente. Sua avaliação pelo judiciário, no entanto, não será unívoca e dependerá da concepção político criminal do conceito de *justa causa*, conforme acima aventado.

Essas percepções, geradas pelos próprios indivíduos antes da abordagem policial, ainda são atos *positivos*, no sentido de significarem uma mudança de estado, de posição, uma *reação* à possível abordagem ou a qualquer outro fato relevante. Outro critério, o qual pode ser tomado como perigoso, é aquele relacionado a características pessoais do réu, muitas vezes apontado como *atitude suspeita*, sem descrever do que se trata essa atitude. Para Vera Malaguti Batista, “a *atitude suspeita aponta para uma seletividade nas práticas*” policiais, em muito originada no não-reconhecimento de determinadas individualidades como merecedoras de dignidade, cidadania e direitos fundamentais de não-intervenção estatal. Ao analisar o relato de policiais relacionados a esse conceito, no contexto da apreensão de adolescente no Rio de Janeiro, a autora revela que “a *'atitude suspeita'* não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do *'fazer algo suspeito'* mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que *desperta suspeitas automáticas*”.²⁵⁶ Nesse sentido também se encontra a crítica de

²⁵³ Nesse sentido, a AC 70065817645, em que os policiais relataram ter avistado alguém arremessando uma bolsa, na qual posteriormente foram encontrados 17g (dezessete gramas) de crack. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065817645**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 10 set. 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70065817645&ano=2015&codigo=1563633>. Acesso em 28nov.2016.

²⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70059016568**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 02 out. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70059016568&ano=2014&codigo=1594069>. Acesso em 26 nov. 2016.

²⁵⁵ No caso da AC 70060452844, embora os policiais tivessem relatado que a abordagem ocorreu porque um usuário aguardava a ré na frente da residência, a versão foi tida como inverossímil, e foi acolhida a alegação de violação de domicílio. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70060452844**. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 21 maio 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70060452844&ano=2015&codigo=861779>. Acesso em 28nov.2016.

²⁵⁶ Relembrando a influência das ideias de subcidadania e racismo presentes, a autora refere, ainda, que “*jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol*”. (BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 102-103)

Ingo Sarlet e Jayme Weigartner Neto sobre as (re)ações policiais que ocorrem nesse contexto

Apenas avistaram o réu e, quando tentaram abordá-lo, este adentrou a sua residência (repare-se que a concentração fático-temporal, tudo se passando muito próximo e rápido, na dinâmica da vida real, torna nebulosa até a caracterização de “fuga”). A situação, portanto, revela mera suspeita. O fato ocorreu durante à noite, por volta das 23 horas. [...] Este tipo de diligência policial, conjectura-se, origina-se possivelmente de premissa inaceitável em nosso sistema constitucional, o direito penal do autor (o réu encontrava-se parado, estático, em frente à sua casa), cujo mecanismo, simplificada, parte de informes pretéritos, no mais das vezes anônimos, que assentam a etiqueta de que o indivíduo “é” traficante. A seguir, quando aleatoriamente a polícia depara-se com “o” traficante, vislumbra “atitude” suspeita, que autorizaria, neste contexto, busca pessoal. Às vezes, apreende drogas com “o” suspeito. Quando a quantidade e as particularidades não são notórias em si, amiúde “o” traficante transmuda-se em, no máximo, “o” usuário – na baliza do Poder Judiciário. Efeitos colaterais: a dúvida instala-se com demasiada facilidade, pela ausência de outros elementos de convicção (que não “o” conhecimento incontestável dos policiais), gerando as naturais desclassificações e absolvições; e nas largas malhas da dúvida, é certo que muitos traficantes encontram guarida. O sistema, assim, permite-se conviver com injustiças e ineficiência.²⁵⁷

Pode-se também consignar, na mesma linha, as ocasiões em que a pessoa se encontra dentro da residência - ou da área de proteção da garantia, como o pátio - e é chamada pelos policiais a sair, como na AC 7007149544²⁵⁸; ou então quando se dirige para dentro do lar e, no caminho, desobedece a comando de parada, emanado pelos policiais, como na AC 70057483695.²⁵⁹ Ambas as situações invalidariam indiretamente a garantia por outra via, que seria a exceção, prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição, relativa ao consentimento do morador: se ele pode não consentir com o ingresso dos policiais e esse direito lhe é alcançado constitucionalmente, desobedecer ordens nessa situação não poderia ser motivo suficiente para o ingresso no domicílio. Outra interpretação que assim admitisse criaria uma contradição no reconhecimento da garantia.

4.2.4 Ação policial contínua à abordagem

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013, p. 557.

²⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071495444**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071495444&ano=2016&codigo=2228788>. Acesso em 28nov.2016.

²⁵⁹ O caso é interessante porque, embora reconhecida a ilicitude da busca domiciliar realizada em 2014, com a superveniência da decisão do STF e determinado o retorno dos autos para possível retratação, o recurso defensivo foi desprovido e a condenação foi reestabelecida: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70057483695**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 08 maio 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70057483695&ano=2014&codigo=641741>. Acesso em 28nov.2016.

Em determinados contextos, os policiais agem como se a prisão em flagrante de qualquer pessoa tudo permitisse; como se a apreensão de droga com um indivíduo em via pública tornasse legítima a incursão em seu domicílio, a fim de procurar mais drogas e outros objetos ilícitos, mesmo que o local seja distante e os policiais não tenham nenhuma informação sobre a prática do tráfico no local. É o caso, por exemplo, da AC 70070457304, na qual a própria magistrada de primeiro grau reconheceu o excesso na ação policial, ao ter adentrado o domicílio do réu, situada em local distante da abordagem, sendo que já havia sido apreendida expressiva quantidade de droga com ele.²⁶⁰

De fato, nessas situações poder-se-ia estabelecer uma diferença entre casos em que a quantidade apreendida é tamanha que faça os policiais acreditarem existir grande depósito de drogas na residência do réu, e outros, em que a quantidade é ínfima, não sendo possível presumir o mesmo. Mesmo assim, ainda que investigações prévias indiquem a primeira hipótese, poder-se-ia objetar que a urgência da medida não estaria justificada a ponto de não ser possível representar pela expedição de um mandado. De qualquer modo, é na segunda hipótese que a maior parte dos abusos tende a ocorrer, especialmente quando o indivíduo é abordado trazendo consigo quantidade incompatível com o tráfico de drogas, mas sim com o consumo, o que poderia levar ao ingresso em seu domicílio, mesmo distante, para legitimar a intervenção policial com um *resultado* - já que flagrar alguém portando droga para consumo pessoal não gera prisão.

De qualquer modo, ainda que se acrescentem outros fundamentos subjetivos, levar um indivíduo da via pública para sua residência, em local distante, transportando-o até lá, é algo perigoso de ser admitido nos lindes da proteção à liberdade individual conferida pela Constituição de 1988. Há que se pensar, inclusive, na possibilidade de extensão de hipóteses como essa para casos em que nada de ilícito é apreendido com o indivíduo no primeiro momento.

Outra hipótese a ser apenas mencionada nesse contexto, por fugir lateralmente ao tema central, é aquela em que o indivíduo já foi flagrado na posse

²⁶⁰ No caso, foi reconhecida a busca ilícita apenas quanto à pequena quantidade de maconha encontrada na casa do réu, sendo mantida sua condenação pela vasta quantidade de maconha e cocaína encontradas em seu veículo. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70070457304**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70070457304&ano=2016&codigo=2222163>. Acesso em 28nov.2016.

de droga - e, portanto, se encontra sob custódia do Estado -, sendo levado até sua residência e, conforme relato dos policiais, *consente* com a realização de buscas.

Esses fundamentos, muitas vezes suscitados como *fundadas razões*, dão a entender, genericamente, que a primeira apreensão de droga com alguém tornam de alguma forma relativo o conjunto de direitos fundamentais conferidos pelo estatuto de cidadania plena, podendo ser afastados, na tentativa de se apreender maiores quantidades da mesma substância ou de outras, eventualmente depositadas na residência do indivíduo.

4.3 As casas que *a priori* não merecem proteção

Diante de um contexto de reiteradas alegações de violação pelos réus e suas defesas, contrapostas por razões de legitimidade argumentadas pelos policiais e pelo Ministério Público, é importante analisar os discursos de cada instância do aparato repressivo-penal, a fim de verificar as tendências já analisadas acima. Pode-se observar, assim, como o discurso de guerra às drogas, produtor de inimigos e criador de espaços de exceção para tratar dos subcidadãos, transcende todo o espaço jurídico-penal.

Distanciando-se um pouco da discussão sobre o significado das *fundadas razões* de ingresso, uma importante referência a ser feita é a utilização do termo *barraco* para se referir às residências em que os réus são presos, como se observa da AC 70069163244.²⁶¹ Nela, é interessante notar que os policiais militares relataram ter visto o réu saindo de uma casa, quando, na denúncia, encontra-se descrito que ele saía de um barraco. No caso, não foi reconhecida a busca ilícita, mesmo considerado o fato de que os policiais só ali adentraram por ter o réu retornado, logo após sair.

Assim como no caso da atitude suspeita, as casas que não são reconhecidas formalmente como residências recebem diferentes nomes, todos na possível tentativa de torná-los menos merecedores da proteção constitucionalmente erigida, na mesma lógica que ocorre com seus proprietários ou simplesmente moradores. O mesmo termo *barraco* constou nos acórdãos das AC 70057168657,

²⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70069163244**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 29 jun. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70069163244&ano=2016&codigo=1095328>. Acesso em 29nov.2016.

70060817384²⁶², 70071131643²⁶³ e 70062203625. Neste último, é importante ressaltar o depoimento de um dos policiais militares, referindo que o local de ingresso “*não era residência, era ponto de tráfico. Não tinha nem cama, eram uns colchão no chão*”²⁶⁴, mesmo tendo constado aquele endereço como sendo o domicílio dos réus na denúncia. Mesmo diante de um barraco, foi reconhecida a busca ilícita e os réus foram absolvidos.

É possível identificar uma certa diminuição desses domicílios, a ponto de afastar deles a proteção constitucional, como se isso estivesse ao alcance do Estado, seja enquanto polícia, Ministério Público ou Poder Judiciário. Assim como as distinções entre inimigo e cidadão; entre nacional e estrangeiro; entre subcidadão e cidadão, a existência de residências e meros *barracos* marca diferentes proteções conferidas aos domicílios Brasil afora. Mais uma vez, é possível visualizar um nítido *direito penal do autor* na forma como os agentes descrevem algumas das residências nas quais ingressam, sempre a torná-las indignas de proteção. O problema torna-se maior quando o *estado* da residência influencia na própria decisão do judiciário.²⁶⁵

Isso tudo faz parte do mesmo contexto de guerra às drogas, que, inevitavelmente, amesquinha a tudo e a todos, que tem sua dignidade diariamente violada. Não se pode olvidar que essas ações policiais não diminuem, em sua subjetividade, apenas os indivíduos que as enfrentam, mas também os policiais que

²⁶² Neste acórdão, em especial, é dito que o barraco estava vazio, aberto e nela qualquer um poderia ingressar, conforme versão do próprio réu. Constou ali também que “*ainda que eventualmente alguém pernoitasse por ali, o que afasta a garantia da inviolabilidade domiciliar, era um ‘barraco’, como disse o policial militar Maurício*”. A alegação de violação de domicílio foi, com base nisso, afastada. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70060817384**. Relatora: Desa. Osnila Pisa. Porto Alegre, 18 dez. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70060817384&ano=2014&codigo=2171746>. Acesso em 29nov.2016.

²⁶³ Neste julgado, é importante consignar o que disse um dos policiais envolvido na apreensão: “*era um barraco, não dá pra dizer que era uma residência*”. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071131643**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071131643&ano=2016&codigo=2228671>. Acesso em 29nov.2016.

²⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70062203625**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 18 dez. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70062203625&ano=2014&codigo=2176951>. Acesso em 29nov. 2016.

²⁶⁵ Considerando-se especialmente o fato de que muitos usuários de drogas moram em casas compartilhadas, também conhecidas como *fumódromos*, locais de intensa circulação de pessoas e que nem por isso deixa de ser domicílio de muitas outras.

as infligem, pois a relativização da dignidade de alguém, necessariamente, implica a lesão à dignidade de todos.²⁶⁶

Esse amesquinamento na atuação dos agentes de Estado dentro da guerra às drogas é visível em situações como a da AC 70067855577²⁶⁷, em que os policiais aproximaram-se do local para averiguar denúncias recebidas - cumprindo com seu dever funcional - e foram recebidos a tiros. Também na AC 70068182385²⁶⁸, em que os policiais justificaram a invasão do domicílio dos réus pelo forte odor de maconha sentido, sendo que, ao final da ação policial, foram apreendidos meros 6g (seis gramas) dessa droga. Nas palavras de Luís Carlos Valois, *“é a guerra às drogas levando a polícia ao absurdo, transformando-a em farejadora, cão de caça e invasora de domicílio”*.²⁶⁹

²⁶⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 466. O autor traz outras importantes casos a ser lembrados, especialmente as violações à intimidade de suspeitos cometidas por policiais e a influência disso na subjetividade do agente da segurança pública.

²⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70067855577**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 31 ago. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70067855577&ano=2016&codigo=1586824>. Acesso em 28 nov. 2016.

²⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068182385**. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 08 jun. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068182385&ano=2016&codigo=932781?>. Acesso em 28 nov. 2016.

²⁶⁹ VALOIS, *op. cit.*, p. 464.

5. Conclusão

Toda pesquisa que reúne dados empíricos, em ciências humanas, pode seduzir o intérprete a tomar diversas conclusões óbvias; algumas não tão óbvias assim e outras, que nem sequer aparentavam ser possíveis. Isso ocorre porque não só o objeto desse singular tipo de pesquisa envolve fatores humanos, como as relações sociais e os discursos, mas também a interpretação sobre eles. Conforme já adiantado, se qualquer das pretensões com o presente trabalho não foram alcançadas, ao menos que tenha sido possível apontar algumas reflexões necessárias, das quais é necessário ressaltar, a título de conclusão, as que seguem.

Em primeiro lugar, as mais evidentes. Pode-se dizer que o discurso beligerante da guerra às drogas predomina no cenário da política criminal, perpassando todo o sistema de controle social do Estado. O inimigo, após sua identificação, tem de ser combatido em todas as instâncias, pois só será obtido o *sucesso* dessa política se todas elas contribuírem com essa finalidade. Embora a visibilidade concreta de como esse discurso opera seja mais facilmente identificável na atuação das polícias, especialmente da polícia militar²⁷⁰, também é possível reconhecê-lo no discurso jurídico.

Disso é exemplo o anterior entendimento adotado pelo Poder Judiciário acerca das buscas domiciliares realizadas sem mandado. De acordo com ele, não interessavam as razões que levaram os policiais a invadirem o domicílio de alguém, pois, afinal, o resultado da invasão teria sido obtido com a apreensão de drogas. Verificado o inimigo - o traficante -, não deve ser levado em conta o fato de ter havido ou não a violação de um direito fundamental seu.

Depois, embora as oportunas críticas já registradas²⁷¹, a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 603.616/RO representa, sim, uma evolução no entendimento acerca do tratamento dado às violações de domicílio. Exigir algo a mais do que o

²⁷⁰ Pode-se dizer, com segurança, que na grande maioria dos acórdãos pesquisados, os agentes responsáveis pelas invasões de domicílio eram pertencentes à Brigada Militar. Nesse sentido, é importante observar o caso da AC 70062794219, na qual o próprio Delegado de Polícia deixou de lavrar o flagrante pela evidente ação ilegal dos policiais militares, que invadiram a residência do réu, levaram-no até o Batalhão de Polícia, onde ele foi filmado sem autorização pelo SBT e pela Record, e só então levado até a autoridade policial. V. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70062794219**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 29 jun. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70062794219&ano=2016&codigo=1094444>. Acesso em 28 nov. 2016.

²⁷¹ VALÓIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 471.

resultado da busca para considerá-la legítima representa uma tentativa de controle de possíveis arbitrariedades cometidas por policiais no desempenho diário da política criminal de guerra às drogas.

No entanto, ainda que a nova tese represente abstratamente uma evolução, isso não significa o seu verdadeiro sucesso no controle da atividade policial. Conforme observado acima, de nada adianta apresentar esse novo entendimento se o Poder Judiciário não reafirmar o seu papel de garantir a Constituição e as liberdades fundamentais, afastando a atuação autoritária das forças policiais quando elas se excedem no exercício de suas funções.

Nesse contexto, vale ressaltar a amplitude dos conceitos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na definição da tese, o que trouxe - e ainda trará - muitas dificuldades para a conformação jurisprudencial ao novo entendimento. É importante, nesse sentido, reconhecer o caráter amplo e eminentemente político conferido aos conceitos de justa causa e de fundadas razões, preenchidos conforme a concepção do julgador acerca da política criminal de drogas. Se o Poder Judiciário encampar o discurso da guerra às drogas, o preenchimento desses conceitos de qualquer forma pode tanto manter o atual quadro de violações policiais, como também piorá-las.

Das conclusões menos evidentes, é possível identificar uma mudança de entendimento na jurisprudência da Terceira Câmara Criminal do TJRS, no sentido de alargar as possibilidades de ingresso domiciliar sem mandado. A concepção anteriormente adotada pelo órgão julgador vem sendo superada para se adaptar àquela conferida pelo STF. Nesse caminho, muitas circunstâncias que antes não eram consideradas suficientes para excepcionar a garantia constitucional agora o são, aumentando o poder discricionário nas mãos dos policiais e afastando um controle mais restritivo, o que parecia ser a intenção do STF ao propor a evolução no tratamento da temática.

A par dessa constatação, é importante destacar também um dado que não pode ser deixado de lado: em quase todos os casos analisados, a palavra dos policiais que participaram da abordagem foi tomada como inconteste. Em poucos casos ela foi avaliada como inverossímil ou pouco crível, sendo na maior parte deles o único paradigma de análise para constatar a presença (ou não) das fundadas

razões. Conforme Luís Carlos Valois, esse é mais um posicionamento que se apoia na concepção político-criminal da guerra às drogas.²⁷²

Se esse aspecto também não for questionado, pouco importará a concepção adotada sobre os conceitos de justa causa ou de fundadas razões. Bastaria que os policiais soubessem de antemão o que era necessário ser dito e a ação estaria legitimada. Com isso, definitivamente, não se pode concordar.

É certo que essas singelas reflexões são apenas uma parte da problemática estudada, que não se encerra aqui. Outras abordagens, também relacionadas às práticas autoritárias da guerra às drogas, seriam possíveis: os casos em que os agentes públicos relatam ter obtido o consentimento do morador para realizar as buscas, o que facilmente pode ocorrer mediante coação; qual o significado dado pelas próprias agências policiais ao conceito de fundadas razões (e também de atitude suspeita), entre outras.

Todas tem sua inegável importância para a compreensão teórica e prática dessa política criminal, da qual não se pode esperar qualquer forma de emancipação social. Enquanto sua aplicação concreta for produtora de violações reiteradas e discricionárias, qualquer avanço na construção social de uma cidadania democrático-emancipatória estarão vetadas.²⁷³

²⁷² “Por óbvio, o judiciário pensa como a polícia e como pensaram os primeiros diplomatas a criarem o crime de tráfico de drogas: se não aceitarmos testemunha exclusivamente policial, não conseguiremos outras testemunhas e não condenaremos ninguém. E assim o judiciário se transforma em uma grande máquina de condenações ao invés de um local de averiguação desses fatos”. (VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 491).

²⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 29.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. por Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 81, pp. 339-356, novembro de 2009.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de [Orgs.]. **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

_____. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, pp. 129-146, outubro de 1997.

BATISTA, Vera Malaguti Batista. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BERGER, Denis. Revolução. In: BOUCHET, Thomas; PICON, Antoine; RIOT-SARCEY, Michèle. **Dicionário das utopias**. Trad. Carla Bogalheiro Gamboa e Tiago Marques. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, Marcus Vinicius; NASSIF, Aramis...[et al.]. **Código de processo penal comentando**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituacaocompilado.htm>. Acesso em 21 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 23 out. 2016.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 15 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 15 nov. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, junho de 2014, p. 50. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso: 15 out. 2016.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. 2006. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-jun-2006.pdf>>. Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Lei Federal n. 11.343/2006. Exposição de motivos por Magno Malta e Warderley Martins. **Diário do Senado Federal**. Brasília, Distrito Federal, 7 maio 2002, p. 7389. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em 11 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.544.057/RJ**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 26 out. 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542772&num_registro=201501734967&data=20161109&formato=PDF>. Acesso em 20 out. 2016.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.362/MG**. Recorrente: Alex Starling. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 19 set. 2002. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200069549&dt_publicacao=21/10/2002>. Acesso em 12 nov. 2016.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 73.955/MG**. Recorrente: Lúcio Flavio Batista Fernandes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 27 set. 2016. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/>>

[num_registro=201601988962&dt_publicacao=26/10/2016](#)>. Acesso em 12 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 nov. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309449411&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 20 nov.2016.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 86.082/RS**. Recorrente: Leandro de Souza Martini. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 out. 208. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+86082%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+86082%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9dr54k>>. Acesso em 12 nov. 2016.

_____. **Súmula n. 279**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 27nov.2016.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, pp. 129-146, abril de 2001.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, Marilena; ROCHA, André (org.). **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Depeche Mode. "Everything counts". Por GORE, Martin. **Construction time again**. BMG Ariola, 1983. CD.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FERREIRA, Jorge; REIS, Daniel Aarão (Org.). **Revolução e democracia (1964-...)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FERREIRA, Pinto Luiz. A concepção dos direitos individuais e as ilusões constitucionais. São Paulo, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 1, pp. 274-281, Editora Revista dos Tribunais, outubro de 1992.

GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GENRO, Tarso. **Crise da democracia: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global**. Petrópolis RJ: Vozes, 2002.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

HORKHEIMER, Max. **O eclipse da razão**. Trad. João Tiago Proença. Antígona: Lisboa, 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KUCINSKI, Bernardo [et al.]. **Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015.

LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Müller; ALBUQUERQUE NETO, Aristides Pedroso...[et al.]. **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: dos crimes aos ilícitos de natureza pública incondicionada**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2015.

LOPES, Fábio Motta. A ilegalidade da busca domiciliar realizada pela polícia militar, pp. 2-3. **Boletim do IBCCRIM**. Ano 17. N. 204. Novembro de 2009.

MELLO, Marco Antonio da Silva [et al.] (org.). **Favelas cariocas: ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro. Porto Alegre, **Revista da AJURIS - Doutrina e jurisprudência**. Ano XXVII - nº 85 - Tomo I. 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Jurisdição do Real x Controle Penal: Direito & Psicanálise, via literatura**. Petrópolis: Delibera Editora, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal - Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACHECO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065463069**. Relator: Des. Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 5 nov.2015. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70065463069&ano=2015&codigo=1899677>. Acesso em 25 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70059133173**. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 10 jul. 2014. Disponível em< http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70059133173&ano=2014&codigo=1036711>. Acesso em 25 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70052545696**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 01 fev. 2013. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70052545696&ano=2013&codigo=115702>. Acesso em 26 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL, TJRS, **AC 70069393965**. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 16 ago. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70069393965&ano=2016&codigo=1462357>. Acesso em 26 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL, TJRS, **AC 70059550590**. Relator: Des. Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 10 ago. 2016. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70059550590&ano=2016&codigo=1407720>. Acesso em 26 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065555039**. Relator: Des. Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 04 nov. 2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70065555039&ano=2015&codigo=1869358>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70054254180**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 13 mar. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70054254180&ano=2014&codigo=280832>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065225930**. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 20 ago. 2015, disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70065225930&ano=2015&codigo=1422310>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70070874847**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70070874847&ano=2016&codigo=2228619>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70063741219**. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 11 jun. 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70063741219&ano=2015&codigo=900234>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068824770**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 20 jul. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70068824770&ano=2016&codigo=1262848>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70058100272**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 31 ago. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70058100272&ano=2016&codigo=1594300>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70057746182**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 25 jun 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70057746182&ano=2015&codigo=1038586>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068696681**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 10 ago. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70068696681&ano=2016&codigo=1405433>. Acesso em 27 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70051020139**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 05 jun 2014. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70051020139&ano=2014&codigo=835186>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70064034473**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 09 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70064034473&ano=2016&codigo=2138846>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071559348**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071559348&ano=2016&codigo=2228417>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068559962**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 18 maio 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068559962&ano=2016&codigo=778135>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071559348**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071559348&ano=2016&codigo=2228417>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70055656672**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 23 nov. 2016. disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70055656672&ano=2016&codigo=2213849>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70060137429**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 21 ago. 2014. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70060137429&ano=2014&codigo=1289812>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70065817645**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 10 set. 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70065817645&ano=2015&codigo=1563633>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70059016568**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 02 out. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70059016568&ano=2014&codigo=1594069>. Acesso em 26 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70060452844**. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 21 maio 2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70060452844&ano=2015&codigo=861779>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071495444**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70071495444&ano=2016&codigo=2228788>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70057483695**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 08 maio 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70057483695&ano=2014&codigo=641741>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70070457304**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70070457304&ano=2016&codigo=2222163>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70069163244**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 29 jun. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70069163244&ano=2016&codigo=1095328>. Acesso em 29 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70060817384**. Relatora: Desa. Osnilda Pisa. Porto Alegre, 18 dez. 2014. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70060817384&ano=2014&codigo=2171746>. Acesso em 29 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70071131643**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 23 nov. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071131643&ano=2016&codigo=2228671>. Acesso em 29 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70067855577**. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 31 ago. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70067855577&ano=2016&codigo=1586824>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70068182385**. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 08 jun. 2016. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>

[site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068182385&ano=2016&codigo=932781?>](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70068182385&ano=2016&codigo=932781?). Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AC 70062794219. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 29 jun. 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70062794219&ano=2016&codigo=1094444>. Acesso em 28 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **AC 70062203625**. Relator: Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 18 dez. 2014 Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70062203625&ano=2014&codigo=2176951>. Acesso em 29 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e os seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. Busca e apreensão (direito processual penal). São Paulo, **Doutrinas Essenciais de Processo Penal**, v. 3, p. 1231-1244, Editora Revista dos Tribunais, junho de 2012.

_____. Tráfico de drogas. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 846, pp. 475-481, abril de 2006.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

WEBER, Max. **Ciência e Política, duas vocações**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta [org.]; BARRETO, Alessandro Gonçalves ... [et al.]. **Investigação criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimensão política de um poder judicial democrático. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, pp. 19-46, outubro de 1993.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2011.