

VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, TRÁFICO DE DROGAS E ESTADO DE EXCEÇÃO – POR UM DIÁLOGO JURÍDICO-SOCIOLÓGICO.

Lucas Corrêa Abrantes Pinheiro – FDRP-USP

lcapinheiro@usp.br

GT2) Justiça, democracia e seletividade.

“A tarefa essencial de uma teoria não é apenas esclarecer a natureza jurídica ou não do estado de exceção, mas, principalmente, definir o sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito” (AGAMBEN, 2004, p.80).

RESUMO

O controle penal do tráfico e de seus atores - traficantes e usuários - é exercido de maneira seletiva, midiática e preferencial nos bolsões de pobreza das grandes cidades, muito embora o uso e a circulação de entorpecentes estejam notoriamente dispersos na sociedade.

Para a busca e apreensão de drogas, a intervenção penal não respeita o direito das pessoas pobres à inviolabilidade de seus domicílios. Na dúvida, os moradores de um local suspeito são igualmente suspeitos e há notícias de decisões judiciais que autorizaram, em completo descompasso com o Direito e a pretexto de uma genérica “preservação da ordem e da saúde pública”, buscas e apreensões coletivas, sem fato ou suspeito pré-definido. É inconcebível imaginar uma decisão no mesmo sentido atingindo cidadãos abastados em zonas enriquecidas das cidades.

A previsão constitucional, como projeto democrático, da inviolabilidade dos lares no rol dos direitos fundamentais, portanto, não faz frente à gestão penal e militarizada da miséria. Nesse plano, a promessa discursiva tradicional e libertária dos direitos humanos

como limite ao arbítrio estatal parece não se confirmar. Parece revelar, ainda, que o Direito tem se mantido como mero instrumento da política numa relação de conteúdo e não de continente, como propõe a ser.

As decisões judiciais que autorizam a violação de domicílio para privilegiar a via única da guerra às drogas permitem uma aproximação à teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben.

Se na Idade Média a necessidade justificava uma regra de exceção que não se confundia com o Direito aplicável às situações normais, na idade contemporânea, a partir dos estudos de Carl Schmitt, a exceção incorpora-se ao Direito para depois, em tempo breve, passar a definir-se como a própria regra.

BREVE RESUMO DO CURRICULUM VITAE

Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo - USP - na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP (2014/2016). Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito. Linha de Pesquisa: Racionalidade jurídica e direitos fundamentais na construção do Estado Democrático de Direito. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2004) e título de especialista em Ciências Criminais pela UNISUL (2009). Defensor Público no Estado de São Paulo e membro do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública. Coordenador-adjunto do Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto.

INTRODUÇÃO

A opção política de enfrentamento militarizado ao tráfico de drogas no Brasil viola direitos humanos de diversas formas¹ e estabelece espaços puros de anomia, nos quais o poder é exercido sem controle. O Judiciário, quando provocado à análise

¹ Podem ser citados como exemplos: o encarceramento em massa, a indeterminação do tipo penal de tráfico, as mortes produzidas em combates nos morros, as violações sistemáticas de domicílios, a estigmatização dos condenados etc.

desses fatos, em regra, legitima as práticas com argumentos ora mais, ora menos elaborados, mas isso não significa em absoluto que restaure a ordem jurídica violada, cumprindo com sua posição de garante.

A invocação da necessidade em suas variadas formas para relativizar garantias constitucionais: “guerra ao tráfico”, “retomada do espaço perdido para o crime”, “crime permanente” e “inexistência de direitos absolutos” (geralmente não são absolutos os direitos dos indivíduos em face do Estado), dentre outros exemplos, configura a negação pura e simples do Direito como forma de controle e de sua capacidade de distribuir pacificação social.

Este artigo busca evidenciar e compreender, portanto, a relação e a tensão existente entre políticas de exceção e o Direito, destacando que meros argumentos retórico-silogísticos das políticas do executivo ou da jurisprudência dos tribunais não salvaguardam a ordem jurídica, embora cumpram funções muito claras de controle.

O trabalho busca também guardar íntima conexão com o pensamento de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção, notadamente quando ele conclui que:

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 (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Em março de 2003, Giorgio Agamben concedeu entrevista à Folha de São Paulo e definiu singelamente o estado de exceção como “a zona morta da lei.”², esclarecendo que ele está na “franja ambígua e incerta na interseção do jurídico e do político” e, portanto, constituiria um “ponto de desequilíbrio entre o direito público e o fato político” e que se apresenta como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”

No Brasil, quatro realidades apontam fortemente para a adoção do estado de exceção como mecanismo político de gestão penal e militarizada de conflitos: 1. Os mandados coletivos de busca e apreensão cumpridos seletivamente em favelas; 2. relativização dos direitos fundamentais à inviolabilidade do domicílio, à intimidade e à vida privada dos moradores dessas áreas durante as operações; 3. A validação judicial de

² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1603200305.htm>

provas originalmente obtidas mediante violação de domicílio e; 4. O uso cada vez mais frequente do exército em ações de segurança pública nos morros habitados do Brasil afora.

Todas essas ações são manifestamente contrárias à ordem jurídica e, não obstante, o Estado busca legitimá-las com argumentos atrelados ao medo e à ordem: “luta contra o crime organizado”, “choque de gestão contra o crime”, “operação saturação”, “brandura da lei como fator de desmoralização dos Poderes constituídos” etc.

Essas políticas de combate ou de enfrentamento do executivo e de relativização de direitos pelo judiciário têm em comum o fato de basearem-se em afirmações de necessidade, de crise, de exceção, justificantes de um agir mais drástico.

Luigi Ferrajoli adverte, porém: *"Um estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser colocando-se no nível dos mesmos delinquentes"*. (FERRAJOLI, 2002, p. 318)

Sob a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, parece claro que cada vez que se perpetra uma dessas decisões políticas o Estado de Direito como tarefa permanente de contenção do puro arbítrio é ameaçado, enfraquecido como projeto, como processo e como fim.

Mas se o mundo do dever-ser é posto em xeque com essas situações de impotência da norma para contingenciar o arbítrio e a força, a realidade parece demonstrar que essas são, enfim, o modo de funcionamento normal das sociedades contemporâneas. Segundo Agamben:

Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real (AGAMBEN, 2004, 63).

Se, por um lado, o Estado tem o poder-dever de garantir a segurança pública, por outro, deve agir de conformidade com seu ordenamento jurídico e com as normas internacionais de direitos humanos.

É assim, ao menos, que aprendem os juristas, e essa é talvez a causa de suas maiores perplexidades.

A QUESTÃO JURÍDICA DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, SEUS PARÂMETROS NORMATIVOS E O MANDADO JUDICIAL COMO REGRA

Para a ordem constitucional vigente a busca domiciliar e a apreensão de drogas, armas, produtos de crime e foragidos devem ser precedidas de mandado judicial, executável, em regra, durante o dia ou excepcionalmente durante a noite, desde que com consentimento do morador, exceto em casos de flagrante delito, que autorizam atuação imediata das forças policiais³.

Noutras palavras: entra-se em casa alheia lícitamente durante o dia com mandado judicial ou excepcionalmente durante a noite, com mandado e desde que com consentimento do morador. Sem mandado, apenas em situação de nítido flagrante, que pode aqui ser sumariamente descrito como a “certeza visual do crime”.

Percebe-se, assim, que a entrada em domicílio alheio é cercada de rígidas formalidades.

No Estado de Direito, é importante destacar como premissa, as formalidades são garantias contra o arbítrio estatal.

O mandado de busca e apreensão é, por sua vez, uma autorização do juiz de direito que permite a quem o executa entrar legalmente em certo domicílio alheio, buscar objeto determinado ou determinável nele descrito e apreendê-lo, quando encontrado.

Logo abaixo da Constituição da República, o Código de Processo Penal disciplina longamente a matéria dentre os artigos 240 e 250 e prevê que ao final da diligência de cumprimento do mandado seja lavrado um auto pormenorizado de tudo que tiver acontecido com a assinatura ao final de duas testemunhas presenciais (art. 245, §7º).

Assim, no campo normativo, se inexistente a situação de flagrante, a busca e a posterior apreensão do objeto ou da pessoa de interesse da investigação sem mandado deve ser declarada ilícita pelo Poder Judiciário, pois configuradora de violação de domicílio, direito fundamental.

O Judiciário, porém atenua e muito essa regra de fundamento constitucional.

³ Diz o artigo 5º, XI, da Constituição da República DE 1988: 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;

No julgamento da apelação nº 00446-1.2012.8.26.0201, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Acórdão nº 2014.00594599, afirmou em argumento muito recorrente e de certo modo pacífico que:

[...] as circunstâncias do caso concreto tornavam prescindível o mandado judicial para o ingresso no local, pois o crime de tráfico de drogas é daqueles chamados permanentes, ou seja, a consumação e, conseqüentemente, a situação de flagrante, se prolonga no tempo, a ponto de aquele que possui ou guarda o entorpecente em sua residência para fins de entrega a consumo de terceiros, estar sempre praticando o delito.

Nesse e em muitíssimos outros casos, o problema lógico da violação de domicílio ser anterior à efetiva configuração do estado de flagrância parece irrelevante para os tribunais, muito embora seja pacífico o entendimento de que a prova obtida (a apreensão da droga) a partir de procedimento ilícito na origem (violação de domicílio) é ilícita (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Essa disparidade entre lei e realidade, portanto, não costuma ser corrigida em juízo, mas consertada com uma série de argumentos de discutível juridicidade, que reduzem, quando não anulam, o conteúdo da inviolabilidade domiciliar como garantia.

Dois exemplos muito claros de argumentações judiciais que parecem não considerar o sentido limitativo do arbítrio representado pela inviolabilidade do domicílio são a tese do “crime permanente”, invocado no trecho transcrito acima, e o argumento do consentimento dado por alguém que está submetido a uma abordagem policial e é levado, ato contínuo, ao próprio lar para colheita complementar de elementos incriminadores, situação que o Tribunal Supremo da Espanha chamou de “intimidação ambiental” (LOPES JUNIOR, 2012, p.709).

No primeiro argumento, no contexto de combate às drogas que o Brasil endossa nos planos interno e internacional, a classificação doutrinária de crime permanente, atrelada no campo da dogmática à compreensão didática do momento consumativo do delito, acaba sobrepondo-se com facilidade na jurisprudência ao conteúdo do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Nesse sentido, e notadamente nos casos de tráfico de drogas, se o crime é permanente, qualquer ingresso de policiais em casa alheia acabará encontrando respaldo dos Tribunais, afastando o conteúdo limitativo da atuação estatal que a inviolabilidade do domicílio impõe.

Um exemplo comum de tráfico de drogas, frequente no meio forense, auxiliará a compreensão do raciocínio: um suspeito é abordado pela polícia e, submetido a busca pessoal, nada de ilícito é encontrado em seu poder. Não há flagrante, portanto. Ainda assim, a polícia decide ingressar no domicílio dessa pessoa para averiguar se algo de ilícito está em seu poder. Então a droga é localizada.

Cronologicamente, o argumento de que o crime é permanente acaba nesses casos por justificar *post factum* e não *ante factum*, como deveria ocorrer na caracterização do flagrante, incursões irregulares em domicílio. **Noutras palavras, só se descobre um crime permanente quando o direito fundamental já foi violado, mas essa violação tem parecido juridicamente irrelevante, tanto para a jurisprudência quanto para a doutrina.**

A lógica-formal silogística – se o crime é permanente há flagrante, e se há flagrante, não há violação de domicílio – costuma superar sem maiores preocupações ético-políticas o caráter limitativo do arbítrio que tem o direito à inviolabilidade do domicílio.

Percebe-se que, no início da ação, não há certeza visual de crime algum e ainda assim se ingressa na casa por hipótese, sem causa razoável. É evidente, então, que nessa situação a violação de domicílio é anterior ao estado flagrancial e deveria conduzir em algum momento à declaração judicial de ilicitude da prova. Esse modo de agir, representativo de uma violação de direito fundamental, porém, não encontra oposição judicial, que o tolera e, talvez por tolerá-lo, o impulsiona (in)conscientemente, criando um círculo vicioso de ilegalidades acobertadas por quem deveria coibi-las.

Por outro lado, no argumento do consentimento do morador, vocábulo pinçado do próprio texto do art.5º, XI, da Constituição da República, não se costuma perquirir se ele é válido, nem se observa o princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual, em linhas gerais, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Bastará alegar nessa hipótese que houve consentimento para que se relativize o direito fundamental a ponto de justificar a prisão cautelar do sujeito com arrimo na gravidade do crime, o indeferimento de liberdade provisória, a legalidade da prova em juízo por falta de demonstração pela defesa de que não houve consentimento, verdadeira prova diabólica, e a própria condenação. Tais práticas são juridicamente insustentáveis e, não obstante, recorrentes.

Crime permanente e suposto consentimento são, consequentemente, argumentos, dentre outros passíveis de análise mais detida, que se não controlados depõem contra direito fundamental em evidente e inadmissível retrocesso. Portanto, embora a Constituição da República preveja que *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*, no dia a dia das incursões policiais o que se constata é a ilegalidade das ações investigativas que depois serão justificadas em juízo com o alargamento do conceito de flagrante, com a invocação do conceito de crime permanente ou com a suficiência de um alegado consentimento sequer demonstrado pela acusação.

Apesar desses aspectos que a realidade denuncia em desconformidade com o direito, a inviolabilidade do domicílio é direito humano e fundamental de primeira dimensão, que sob a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ser interpretado à luz do princípio da máxima efetividade ou eficácia (CANOTILHO, 2002, p.227).

Trata-se de uma liberdade pública, protetiva do domicílio e também da intimidade e da vida privada dos indivíduos dirigida primordialmente aos agentes estatais que devem respeitá-la em favor das pessoas. Dirige-se, portanto, de maneira verticalizada em favor do indivíduo em face do próprio Estado, como um comando de abstenção ou de não fazer.

Contudo, variáveis históricas, políticas, antropológicas e sociológicas, a exemplo da militarização da polícia ou até a ausência de reforma das instituições jurídicas e policiais na transição da ditadura militar para a democracia no Brasil, conferem a esse direito baixíssimo grau de concretização ou efetividade no país.

Violações de domicílio judicialmente justificadas pelo frágil argumento da natureza permanente do delito ou pelo consentimento nem sempre demonstrado do morador evidenciam a necessidade de consolidar critérios para a contenção do arbítrio que essas práticas representam.

Afinal, o respeito ao lar alheio, ao lado da realização máxima de todos os direitos fundamentais, conduz à concretização da cidadania como fundamento da República e conduz a um ambiente de paz e de Justiça, onde práticas potencialmente

violadoras possam passar antecipadamente pelo crivo do Judiciário, a quem deve estar reservada a análise da proporcionalidade e da razoabilidade de eventuais violações.

Se no Brasil quase não se vê essa preocupação do Poder Judiciário com o incremento de casos de violação de domicílio, existem critérios judiciais bem delineados e precedentes importantes no direito comparado que merecem melhor estudo e que poderiam ser incorporados à argumentação jurídica local com chances de êxito na formação de uma nova jurisprudência, mais alinhada à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

No direito norte-americano, têm-se, por exemplo, para proteção da inviolabilidade domiciliar, intimamente ligada à quarta emenda, os conceitos jurisprudenciais de *probable cause*, *reasonable suspicion* e *readily apparent*, que, na jurisprudência daquele país, servem de indicativos concretos de contenção de abusos (RAMOS, 2006).

Basta aqui rememorar que a quarta emenda norte-americana protege o cidadão contra buscas e apreensões arbitrárias e teria surgido em reação ao *writ of assistance*, uma espécie de ordem geral de busca e apreensão. Essas figuras não estão enunciadas na doutrina e na jurisprudência brasileira, embora pareça factível como hipótese de trabalho sustentá-las com amparo no princípio da proporcionalidade em sua tríplice manifestação: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Os ganhos dogmáticos que esse estudo poderia trazer parecem evidentes.

No direito alemão, um artigo recente de John Zuluaga noticia que violações de domicílio tinham se tornado frequentes na Alemanha dos anos 1990. O expediente das forças de segurança pública alemãs era invocar o “perigo da demora” como justificativa para atenuação da reserva judicial, consistente no mandado judicial como regra. O Tribunal Constitucional alemão, amparado em decisão pretérita de Winfried Hassemer, em 2001, declarou inconstitucional a relativa facilidade de atenuação da reserva legal pelo volátil conceito de perigo da demora (ZALUAGA, 2014). Parece que aqui, também, existem similitudes com a realidade brasileira, onde mandados são olvidados a pretexto de garantir o flagrante, e que, portanto, são dignas de aprofundamento investigativo.

No direito espanhol, por seu turno, já se discutiu sobre os critérios para validação do consentimento do morador. Aury Lopes Júnior afirma que: “Outra situação interessante surge quando o consentimento é dado por alguém que está submetido a uma

prisão cautelar (seja ela temporária ou preventiva).” e, então, faz uma tradução livre da sentença do Tribunal Supremo da Espanha, proferida em 13 de junho de 1992:

[...] o problema radica em saber se um detido ou preso, está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis*...e dizemos *sui generis* porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula convite ou pedido de autorização para realizar a busca com consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental. (LOPES JR, 2012, p.709).

Além disso, embora a Constituição tenha sido promulgada em 1988, também a doutrina processual penal não costuma enfrentar a questão da violação de domicílio sob o enfoque aqui proposto dos direitos fundamentais.

Em muitos casos, manuais limitam-se a discutir apenas os conceitos de flagrante e de crime permanente como únicos aspectos suficientes para a supressão do direito fundamental. Discordamos aqui, por exemplo, da doutrina de Eugênio Pacelli, que tratando da violação de domicílio autorizada pelo flagrante e prevendo a possibilidade de abusos e arbitrariedades policiais afirma:

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 (PACELLI, 2013, p.371).

Com a devida vênia, essa conclusão não parece acertada e merece ao menos reflexão a partir de outro prisma. Ainda que o legislador tivesse assumido o risco aludido, o texto constitucional promulgado tem autonomia em relação à vontade dos constituintes e comunica valores bem diversos. A conclusão do doutrinador não encontra suporte nos princípios explícitos e implícitos da Constituição da República e nem na principiologia que orienta a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente o da máxima efetividade, incorporado ao nosso rol de proteção de direitos fundamentais na forma do artigo 5º, §2º, da Constituição.

Seria um avanço democrático se critérios para o exame da pertinência e da regularidade da ação policial já estivessem contidos na própria lei ou ao menos enunciados de modo cristalino na doutrina nacional.

O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO EXPLICAÇÃO POSSÍVEL DA DISPARIDADE APONTADA

O problema jurídico destacado parece demonstrar um nítido descompasso entre a garantia e o Direito (ou o não-Direito) efetivamente aplicado e comunicado pelos Poderes Executivo e Judiciário.

O fundamento frequente da não aplicação ótima da garantia ou de sua relativização é a necessidade de combate ao tráfico de drogas, que gera, segundo argumentam, uma situação de anormalidade institucional ou de abalo da ordem pública.

Um capítulo relativamente recente e agravador desse descompasso e que bem ilustra o problema é a expedição de mandados coletivos de busca e apreensão em favelas, conquanto armas e drogas estejam sabidamente disseminadas em todos os lugares.

Em março de 2014, o juízo da 39ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, amparado em prévio inquérito policial da Delegacia de Combate às Drogas (DCod), expediu mandado de busca e apreensão coletivo, autorizando a polícia civil a invadir casas das favelas Nova Holanda e Parque União em busca de armas e drogas⁴. Não havia indicação precisa de quais casas deveriam ser vasculhadas, ou do que procurar nelas.

Em 21 de agosto de 2014, 320 casas da Comunidade Lagoa Seca, no Bairro Sapiranga, em Fortaleza, foram vasculhadas por policiais que estavam amparados em mandado de busca e apreensão coletivo, numa operação que visava a “saturação” do local⁵. Também não existia nesse caso, como de resto não existe nos outros, a individualização do lugar a ser vasculhado ou da coisa a ser encontrada.

Ademais, em grandes eventos, especialmente na copa do mundo realizada no Brasil no corrente ano de 2014, o exército ocupou favelas em nome da preservação da ordem pública.

Para além de configurarem atuações estatais muito incisivas contra comunidades carentes, esses casos retratam manifesto desrespeito à ordem jurídica, sob o pretexto da necessidade. A invocada “necessidade”, justificante de uma “atuação

⁴ Disponível em: <http://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivo-policia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html>

⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2014/08/sspds-cumpre-mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-em-comunidade.html>

excepcional”, assume contornos diversos nas linguagens judicial e policial: “combate às drogas”, “combate à criminalidade”, “preservação da ordem pública”, “restabelecimento da paz”, “retomada do espaço perdido pelo Estado” etc.

Nesse ponto, existe uma manifesta tensão entre o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, erigido como anteparo ao poder, e o interesse do sistema criminal, retroalimentado pela política e pela mídia, na preservação da ordem pública.

Para garantir a ordem pública, conceito indeterminado e de amplíssimo espectro, abalada pelo crime, faz-se necessário enxergar que o direito à inviolabilidade do domicílio impede a realização do bem comum em certos casos, é o que afirmam. A jurisprudência então ao enfrentar esses casos passa a dizer que não existem direitos absolutos. A questão da violação de domicílio como tática de repressão ao crime e a recente modalidade de mandados coletivos e genéricos de busca e apreensão parece encontrar diversos pontos de contato com o estado de exceção de Giorgio Agamben.

De fato, a “preservação da ordem pública” é um argumento moral, político e midiático, geralmente alarmista, retoricamente instrumentalizado para captar facilmente a opinião pública e que remete à ideia de necessidade como fonte de um direito novo, adequado a uma situação excepcional, ou seja, de exceção.

A advertência de Agamben sobre a necessidade como fonte do direito é a de que ela é um dado eminentemente subjetivo e não objetivo, como ingenuamente alguns supõem. No final das contas, segundo Agamben, a necessidade se reduz a uma decisão na qual *“necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais.”* (AGAMBEN, 2002, p.46).

Ocorre que essa possibilidade intrínseca de escolha do que é necessário e que justifica o estado de exceção é inconciliável com o papel de contenção que os direitos fundamentais representam nos Estados constitucionais de direito. Noutras palavras, em sede de direitos fundamentais não existiria espaço para exceções redutoras de sua esfera de proteção, já que os direitos fundamentais constituem um núcleo rígido de indecidibilidade política ou judicial.

Com a invocação da exceção, mascara-se, portanto, com argumentos jurídicos de discutível sustentação uma política criminal repressiva e seletiva, voltada contra as parcelas mais pobres da população, evidenciando um mecanismo autoritário que relativiza a “esfera do indecidível” representada pelos direitos fundamentais e que pode ser

compreendida como a dimensão substancial e não apenas formal dos direitos humanos que impõe limites a decisões, estabelecendo um núcleo de aspectos que não podem ser relativizados, sequer em nome da acomodação dos interesses da maioria. (FERRAJOLI, 2011, p.26).

Como observa Agamben: “para aplicar a lei é preciso deixar de aplicá-la”.

No medievo, a exceção advinha da necessidade e representava uma abertura do mundo jurídico a um fato externo, que dele não participava. A necessidade autorizava a criação de uma lei para o caso concreto, autorizadora de um certo agir, mas que não integrava o direito.

Para Agamben, o estado de exceção moderno supera essa visão medieval é constitui-se como tentativa de incluir no mundo jurídico a própria exceção, que passa a compartilhar de sua natureza.

Logo, se para os medievais a exceção estava fora do Direito, os modernos passam a admitir que a exceção seja regulamentada, tornando-se igualmente jurídica.

O mais rigoroso construtor da teoria do estado de exceção, segundo Agamben, teria sido, no início da década de 1920, Carl Schmitt, que inicialmente distinguia a ditadura comissária da ditadura soberana. As duas figuras equivaleriam ao que hoje se reconhece no Direito constitucional brasileiro, respectivamente, como as figuras do sistema constitucional de gestão de crises - estado de sítio e estado de defesa - e como poder constituinte originário.

Depois, em um estágio mais avançado de seus escritos, Carl Schmitt passa a sustentar o estado de exceção operando na ordem jurídica não mais pelos operadores “ditadura comissária” e “ditadura soberana”, mas como os operadores “norma” e “decisão”, permitindo a explicação do estado de exceção segundo a teoria da soberania. Um esforço hercúleo, indiscutivelmente, de inscrição da exceção dentro do próprio Direito.

Após esse esforço histórico do pensamento político, Agamben conclui, porém, que:

1. O estado de exceção não é uma ditadura constitucional ou inconstitucional;
2. O estado de exceção é um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas;

3. Que são falsas todas as teorias que tentam inscrever o estado de exceção dentro do próprio direito, dentre elas as teorias da necessidade, como as formulações primeiras e posteriores de Carl Schmitt. (AGAMBEN, 2004, p.78/79)

O estado de exceção, segundo Agamben, é um espaço de anomia, onde o que está em jogo é uma “força de lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 41), exatamente o que se faz violando domicílios ao arrepio dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

CONCLUSÕES

Sem pretensão de esgotamento, pode-se concluir à luz deste estudo que:

1. O estado de exceção tende à permanência e põe em dúvida a eficácia do Estado Democrático de Direito como processo, como tarefa e como meta;
2. Apesar de esforços notórios da doutrina de inclusão da exceção dentro do próprio Direito, o estado de exceção continua a ser a “zona morta da lei”, um espaço de não-Direito, onde se destaca a aplicação pura da força;
3. Os argumentos de “combate ao crime”, “retomada de espaços perdidos para a criminalidade organizada”, “garantia da ordem pública”, de “risco de desprestígio das autoridades e das instituições”, de “relativização necessária do conteúdo de direitos fundamentais para combater novas formas de criminalidade”, dentre outros, instrumentalizam-se para legitimar o estado de exceção, como se ele representasse a aplicação do Direito em nome do bem comum, quando, na verdade, é a negação do Direito como garantia do mais fraco;
4. Os casos de violação de domicílio e de mandados coletivos de busca e apreensão em favelas são exemplos típicos de políticas de exceção, pois mitigam limites constitucionais expressos a pretexto de garanti-los, algo muito próximo do que Agamben denomina de aplicar a lei desapplicando-a;
5. O Poder Judiciário apesar do perfil de garante dos direitos fundamentais e de guardião dos valores constitucionais, enfraquece a força normativa da

Constituição quando excepciona direitos fundamentais para garantir a ordem pública;

6. A conclusão nº 5 confirma o pensamento de Mathiot citado por Agamben: “o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito” (AGAMBEN, 2004, p.48);
7. Esse “direito positivo de crise” criado pelos juízes habita a jurisprudência, mas é, na essência, a própria negação das garantias constitucionais;
8. A necessidade invocada pelo Poder Executivo e pelo Judiciário nos casos estudados não é um dado objetivo, mas uma conclusão subjetiva das autoridades que a invocam. Quem decide seu conteúdo é, em última análise, o próprio Estado. A decisão, então, supera a força vinculante e limitativa da lei;
9. A estratégia de substituir os critérios da lei pela decisão parece inverter a lógica do Estado de Direito, afinal, não é a lei quem dá a última palavra nesses casos, mas a autoridade, que diz o que é necessário e quais os meios de superar a crise;
10. A supremacia da decisão em relação à lei inverte a lógica dos direitos fundamentais como “esfera do indecível”, ou seja, a dimensão substancial e não apenas formal dos direitos humanos, que impõe limites a decisões, estabelecendo um núcleo de aspectos que não podem ser relativizados, sequer em nome da acomodação dos interesses da maioria. (FERRAJOLI, 2011, p.26);
11. O projeto constitucional democrático, fincado na dignidade da pessoa humana e na prevalência dos Direitos Humanos, não se realiza sozinho pela mera declaração formal de direitos;
12. O estado de exceção é, enfim, um obstáculo à realização do projeto constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE. Paulo Antonio de Menezes; CAVALCANTE, Bruno Rodrigues. Estado de exceção como modelo da relação entre direito e política? Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4079.pdf>.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL, Claudio do Prado. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 20, volume 95, março-abril, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CASARA, Rubens RR; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do processo penal brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. Processo Penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

D'URSO, Flavia. Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

_____. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. As nulidades no processo penal. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JUNIOR. Aury. Direito processual penal. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MACHADO. Antônio Alberto. Teoria geral do processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORAES. Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A inviolabilidade do domicílio e seus limites. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo penal constitucional. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZALUAGA, John. Winfried Hassemer: um discrepante em favor das liberdades. Boletim IBCCRIM, ano 22, nº 257, 2014.