

Prisão em flagrante por crime permanente sem indícios prévios e mediante violação domiciliar: direito ou estado de exceção?

Flagrant arrest for a permanente crime without evidences and through domicilie violation: law or state of exception?

João Menezes Santos Neves¹ e Halley Jhason Medeiros Mendes²

¹ MULTIVIX (Unidades de Serra/ES e Vila Velha/ES), Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV, email: joaosneves@msn.com

²FAESA, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV, email: halleyjhason@gmail.com

RESUMO

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) tem ocasionalmente entendido que é lícita a prisão em flagrante efetivada por violação de domicílio em caso de crimes permanentes, independentemente da existência de indícios prévios ou de mandado judicial. Essa jurisprudência, todavia, conflita frontalmente com os princípios da inviolabilidade do domicílio e da inadmissibilidade de provas ilícitas, na medida que tolera eventuais procedimentos ilícitos, como a prova plantada. Ao se verificar na decisão judicial uma fuga em relação às disposições constitucionais para aplicação de entendimento arbitrário em nome do resultado a ser atingido, identifica-se pragmática de estado de exceção, tal como estudado por Agamben. Há uma desaplicação do direito e um rompimento entre poder constituinte e poder constituído, do qual emerge notável déficit democrático.

Palavras-chave: Agamben. Estado de exceção. Crimes permanentes. Inviolabilidade do domicílio.

ABSTRACT

The Supreme Court of Justice (STJ) has occasionally understood that it is lawful to arrest in flagrante carried out for violation of the domicile in the case of permanent crimes, regardless of the existence of previous evidence or a court order. This jurisprudence, however, directly conflicts with the principles of the inviolability of the home and the inadmissibility of illegal evidence, as it tolerates possible illegal procedures, such as planted evidence. When verifying in the judicial decision a flight in relation to the constitutional provisions for the application of arbitrary understanding in the name of the result to be achieved, a pragmatic state of exception is identified, as studied by Agamben. There is a disapplication of the law and a rupture between constituent power and constituted power, from which a remarkable democratic deficit emerges.

Keywords: Agamben. State of exception. Permanent crimes. Inviolability of domicilie.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à liberdade é apresentado como regra pela constituição brasileira de 1988. Regra que, todavia, comporta exceções apresentadas pelo próprio texto constitucional: são os casos de prisão por ordem judicial fundamentada ou em flagrante delito. Mas, se tais hipóteses representam limitação a direito fundamental, merecem limites que sejam traçados de forma clara, o que ainda não está posto, ao menos no que tange à prisão em flagrante por crime permanente.

Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), apesar de se declarar garantista, tem ocasionalmente entendido que a prisão independe de indícios prévios ou mandado judicial, ainda que ocorra mediante invasão domiciliar, conforme julgados a serem demonstrados mais adiante.

Mas, essa jurisprudência vem sendo contestada pela doutrina crítica, como a de Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 125), ao argumentar que um procedimento violatório de garantias fundamentais (tal como a inviolabilidade do domicílio) não pode ser admissível sob justificativa exclusiva no resultado obtido.

Ora, se o movimento decisório identificado por Morais da Rosa foge ao ordenamento, são especialmente pertinentes os estudos de Agamben sobre o fenômeno do estado de exceção como paradigma de governabilidade, escolhido, por isso, como base teórica deste estudo.

Adota-se como método de pesquisa a dialética, por meio da qual “as coisas não são analisadas na qualidade de objetos fixos, mas em movimento” (MARCONI; LAKATOS, 2004, p. 46). As teses merecem ser contrapostas por antíteses para formação de uma síntese, nova tese, também passível de contradição. Isso, com uma concepção pós-moderna de conhecimento que, conforme Boaventura de Souza Santos, “sendo total, não é determinístico” (2001, p.77).

A partir desta perspectiva que se pretende investigar este artigo objetiva analisar o atual entendimento do STJ a respeito da prisão em flagrante em crimes permanentes; avaliar se, nesse ponto, a corte adota o garantismo de Luigi Ferrajoli; avaliar se a prisão em flagrante por crime permanente sem indícios prévios e mediante violação domiciliar assemelha-se à ideia de estado de exceção tal qual apresentada por Giorgio Agamben.

Por fim, pretende-se responder à pergunta: a prisão em flagrante delito por suposta ocorrência de crime permanente sem indícios prévios, sem mandado judicial e mediante invasão de domicílio é conciliável com o direito ou escapa a ele como medida de estado de exceção?

2 PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIMES PERMANENTES SEM INDÍCIOS PRÉVIOS

A prisão em flagrante por crime permanente tem previsão expressa no código de processo penal e vem sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça independentemente da existência de indícios prévios que a consubstanciem. Esse posicionamento, no entanto, vem sendo questionado com pertinência por parte da doutrina em face dos preceitos constitucionais.

Todavia, antes de se aprofundar às posições do STJ e da doutrina oposta, faz-se necessário debruçar-se sobre o conceito de crime permanente e de prisão em flagrante. Crime permanente é, segundo Rogério Greco, “aquele cuja consumação se prolonga no tempo” (2014, p. 43). Ou seja, um delito cuja conduta não se dá por ação única, mas contínua; sua consumação não ocorre em um instante determinado, mas em um período prolongado. Por exemplo têm-se os crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, do código penal brasileiro); tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, lei 11.343/2006); porte ilegal de arma (art. 14, lei 10.826/2003).

Já a prisão em flagrante consiste em “medida pré-cautelara, de natureza pessoal” (LOPES JR., 2014, p. 824). Trata-se de restrição à liberdade, segundo Aury Lopes Jr. (2014, p. 283), com o objetivo de apresentar o detido, supostamente em prática delitiva, imediatamente à autoridade judicial. Mas, é medida excepcional, conforme artigo 5º, LXI, da constituição. Esclarecidos tais conceitos parte-se especificamente à análise da prisão em flagrante em crimes permanentes.

A detenção durante o estado flagrantial é possível, inclusive, em crimes permanentes, como enuncia o artigo 303, do Código de Processo Penal: “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL, 1941). Nenhuma dificuldade até então. Mas, tal dispositivo não esclarece quais seriam os requisitos a serem respeitados para a validade de semelhante ato.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido ocasionalmente por uma aplicação literal do citado artigo, segundo a qual é irrestritamente possível a prisão em flagrante em crimes permanentes, uma vez que a lei processual penal não exige requisitos específicos. Seria prescindível, inclusive, mandado judicial de busca e apreensão para violação de domicílio em caso de se estar diante de estado de flagrante delito. Os julgados nesse sentido são inúmeros, a exemplo do que será citado mais a frente.

Todavia, a doutrina de Moraes da Rosa tem alertado para a necessidade de se fazer uma leitura processual penal em consonância com os preceitos constitucionais. Segundo o autor, seria necessário, antes que se consolidasse a prisão em flagrante, fossem colhidos indícios fáticos

idôneos passíveis de comprovar posteriormente a necessidade dessa providência (ROSA, 2013, p. 124).

Pois, imagine-se a atuação policial de arrombamento de domicílio sob a alegação de que há no local certa quantia de substância ilícita. Ora, o armazenamento de drogas configura o crime permanente de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, lei 11.343). Em tese, e sob resguardo de variadas interpretações do STJ (com fulcro no art. 303 do Código de Processo Penal), essa prisão é lícita e, para violação de domicílio, basta a alegação de que se estava em situação de flagrância, independentemente de mandado judicial.

Mas, sem que haja indícios prévios consistentes e demonstráveis a posteriori, indaga-se como demonstrar a licitude do procedimento policial. Sem tais indícios, não se pode averiguar a necessidade ou urgência da abordagem, bem como não se pode verificar sequer se a prova foi plantada ou não.

E a situação agrava-se pela possibilidade de a autoridade policial fundamentar sua atitude violatória tão somente em denúncia anônima, independente de mandado, justificativa essa que tem sido aceita pelos tribunais como válida.

Veja-se como exemplo o teor da decisão do STJ em habeas corpus de número 307.779/SP, de relatoria do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, julgado em 09 de junho de 2015, que considera a questão já como pacífica e não se atenta à análise da necessidade de indícios prévios: “Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior, é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes”.

Bem verdade que o próprio STJ eventualmente varia de posição e reconhece a necessidade de indícios prévios para que haja abordagem por invasão de domicílio diante da possibilidade de ocorrência de crime permanente. Veja-se o recente julgado proferido em 16 de agosto de 2018, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de número 1304905/AM, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, pelo colegiado da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO PELA ILICITUDE DAS PROVAS. INEXISTÊNCIA. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTRUMENTO NOTICIADOR DE FATO ILÍCITO. FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado

judicial para ingressar na residência do agente. Todavia, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. No caso, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima e que inclusive resultaram na apreensão de importante quantidade de cocaína legitimaram a atuação policial. 2. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2018).

No mesmo sentido foi o julgado pelo STJ no Habeas Corpus de número 437.114/PR, de Relatoria do ministro Ribeiro Dantas, proferido em 21 de agosto de 2018 e publicado no Diário da Justiça em 28 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018). Mas, o próprio tribunal, também no ano de 2018 tem oscilado em relação a esse entendimento e por outras ocasiões não se atenta para a necessidade de indícios prévios que viabilizem a prisão em flagrante por crime permanente. É o caso do julgamento do Habeas Corpus de número 445.630, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 12 de junho de 2018 (BRASIL, 2018) e, também, do Habeas Corpus de número 451.502/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 6 de junho de 2018. Veja-se a ementa deste último:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO PRELIMINAR DOTADO DE JUÍZO DE CERTEZA DO DEFINITIVO. VALIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. ADEQUAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui delito permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, no caso, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Precedente. 3. No julgamento do Eresp 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo acarreta a absolvição do acusado, porque não comprovada a materialidade do crime de tráfico de drogas, ressalvados os casos em que o laudo preliminar seja dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial, em procedimento equivalente. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem considerou válida a prova da materialidade delitiva, pois o laudo preliminar foi elaborado segundo as normas legais e por perito oficial, tendo resultado positivo para a substância Tetrahydrocannabinol, conforme autoriza a ressalva feita no referido julgado. 5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (BRASIL, 2018).

Nesse contexto de divergência na própria corte (STJ), Alexandre Morais da Rosa aprofunda sua crítica e chega a conclusão taxativa. Para ele, “a atuação policial será abusiva e inconstitucional por violação do domicílio do agente quando movida pelo imaginário” (2013, p. 124), sem, ao menos, fundamento probatório prévio. Pois,

não se pode tolerar violações de Direitos Fundamentais em nome do resultado, [...] pelo mesmo argumento seria legítima a ‘tortura’, a qual, no fundo não é tão diferente da ação iniciada exclusivamente por ‘denúncia anônima’, à margem da legalidade e com franca violação dos Direitos Fundamentais. (ROSA, 2013, p. 124).

O professor assevera que o discurso baseado em argumentos de urgência e eficiência serve nesse caso (de prisão por crime permanente) para fundamentar, em verdade, o “descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado” (ROSA, 2013, p. 126).

Assim, a questão deixa de ter caráter meramente processual penal e assume status de questão constitucional e, essencialmente, de teoria geral da constituição.

Ora, nesse âmbito, o próprio STJ declarou-se repetidas vezes adepto de uma teoria garantista, de Luigi Ferrajoli. Tanto é assim, que a decisão em recurso especial de número 1111566/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 28 de março de 2012, declara expressamente que o garantismo penal “exerce missão especial no estado democrático”.

Veja-se ainda o exemplo da decisão proferida no habeas corpus de número 314.902-MS (2015/0015530-0), de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em 06 de março de 2015, que referencia Ferrajoli dentre tantos outros julgados que também o fazem: “O dever de motivação é garantia instrumental, garantia de segundo grau ou garantia das garantias, como acentua Luigi Ferrajoli (Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 492) [...]”.

Todavia, pertinente aqui também outra abordagem: referente a estado de exceção, fenômeno identificado por Agamben como um estado de “lei sem lei” (2004, p. 61). Pois, se a conclusão de Morais da Rosa estiver correta, o que se tem no caso da prisão em flagrante por crime permanente sem indícios prévios é justamente a utilização de uma lei (o Código de Processo Penal) como margem para violação de preceitos constitucionais. Assim, “atos que não têm valor de lei adquirem sua ‘força’ [...] uma força de lei sem lei”(AGAMBEN, 2004, p. 61), um ato normativo à margem da legalidade (ou, ao menos, com interpretação inconstitucional) instrumentalizado para a violação do próprio ordenamento jurídico.

Por isso, seguir-se-á o estudo na investigação dessas duas abordagens: o garantismo, enquanto epistemologia jurídica e política; e o estado de exceção, enquanto análise de pragmática de governo.

3 A ADOÇÃO DE UMA “TEORIA GERAL DO GARANTISMO”

Exposto o tema de pesquisa, faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, a “teoria geral do garantismo” (FERRAJOLI, 2014, p. 785) tal como proposta por Ferrajoli, já que é teoria declaradamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, como já se demonstrou.

O autor expõe em sua obra três concepções diversas mas conciliáveis de “garantismo” como: “um *modelo normativo de direito*” (2014, p. 785); uma “teoria do direito e crítica do direito” (2014, p. 786); e uma “filosofia do direito e crítica da política” (2014, p. 787). Dessas epistemologias distintas mas conciliáveis abordar-se-ão cada uma delas e, em especial, a terceira, por sua pertinência maior ao tema.

A primeira concepção refere-se a um modelo de estado de direito que implica em uma limitação do poder (e da violência) estatal, bem como “uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade [...], como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Assim, nesse primeiro sentido, “‘garantismo’ designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2014, p. 811), uma proposta de limitação constitucional à estrutura política de governo.

Já a segunda, ressalta a distância existente entre as categorias da “validade” e da “efetividade”, “entre direito válido e direito efetivo” (FERRAJOLI, 2014, p. 786). Distinção essa que é análoga à “relação entre a força normativa da constituição e a realidade, a vida” (CORVAL, p. 9, 2007), que contraria uma suposta “*normatividade autônoma*” (CORVAL, p. 9, 2007) da magna carta.

E a terceira, uma “filosofia do direito e crítica da política” (FERRAJOLI, 2014, p. 787), dá-se pela pressuposição de que a própria existência do Estado só se justifica pelo respeito dos direitos e garantias fundamentais.

Não há aqui um retorno ao jusnaturalismo mediante a defesa de supostas normas pré-jurídicas naturais, mas uma epistemologia no sentido de que o estado enquanto ente político só tem

sua existência justificada (assim como as limitações por ele impostas ao cidadão), caso respeite rol mínimo de direitos.

Vejam-se os dizeres do autor:

o ‘direito’ e os ‘direitos naturais’ não existem: não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos [...] O Estado, segundo paradigma da justificação externa por esta sugerida, não é nem um fim nem um valor: é isto sim, um produto fabricado pelos homens [...] de modo que vale tanto na medida que serve aos ‘homens naturais’, [...] ele é de per si um desvalor, isto é, um mal menor [...] Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, mas os seus concretos conteúdos que justificam ou não politicamente a sua produção (FERRAJOLI, 2014, p. 814).

Portanto, tem-se no garantismo de Ferrajoli um modelo normativo de contensão do poder punitivo a partir de direitos e garantias fundamentais; uma filosofia jurídica que critica a ineficiência do direito válido contraposta a um direito inválido eficaz; e uma construção política que considera o estado como ente cuja existência justifica-se, não em sua forma ou finalidade declarada, mas na medida do cumprimento do direito válido, uma constituição material que extrapola as formalidades constitucionais. Eis o que o autor chama de um “‘juspositivismo crítico’” (2014, p. 804), em uma “reinterpretação do contratualismo clássico” (2014, p. 814).

4 O ESTADO DE EXCEÇÃO

Sem pretensão de esgotamento, parte-se à análise da figura do estado de exceção, tal como estudada por Giorgio Agamben, e sua relação com o judiciário brasileiro. Agamben inicia sua obra admitindo a dificuldade de definir o termo “estado de exceção”, que habita a margem entre política e direito (2004, p. 11). Mas, esclarece que a incerteza conceitual corresponde também a uma imprecisão da aplicação correspondente (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Não obstante, o autor define precisamente esse estado de exceção como “um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei [...], uma fictio por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia” (2004, p. 61).

Ou seja, tem-se o estado de exceção não como um direito, mas como a “suspensão da própria ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 15). Trata-se de uma medida ou estado jurídico que busca a violação interna do direito, que o depõe (e por isso não pode ser considerada propriamente direito). Daí a expressão: “lei sem lei” (2004, p. 61): uma medida ou estado jurídico violatório do direito.

Assim, a exceção não pode ser entendida mediante uma teoria dos conjuntos (matemática) que a colocasse como direito ou como anomia, nem tampouco como a interseção entre eles. Não. O estado de exceção melhor seria representado por um vazio no direito, um túnel que escapasse a ele. Há aqui é uma “zona de absoluta indeterminação” (AGAMBEN, 2004, p. 89), uma “zona de anomia” (AGAMBEN, 2004, p. 92), em que o direito é sabotado internamente (ou ao menos com justificativas pretensamente internas à ordem). Trata-se justamente do paradoxo de se recorrer a uma medida fundamentada em lei para fugir da lei.

Essa fuga do direito não é inovadora; mas é identificada por Agamben no direito romano como o instituto do “*iustitium*” (2004, p. 67), referente a providência de se suspender o direito (2004, p. 68), por motivo de alegadas conveniências ou urgências (2004, p. 73). Não se restringe à atuação do executivo e nem tampouco identifica-se com regimes ditatoriais.

O estado de exceção insere-se no ordenamento como espécie de cláusula de arbitrariedade, autorizadora de suspensão da lei (AGAMBEN, 2004, p. 74), que não se encontra em um estado ditatorial de amplos poderes, onde vige a arbitrariedade absoluta desprovida de qualquer necessidade de fundamentação para os atos do soberano, mas em um estado de direito que nega-se a si sob discurso de necessidade, urgência e temporalidade (AGAMBEN, 2004, p. 79). E não poderia ser diferente, pois a exceção pressupõe uma regra.

Todavia, esse conceito é apresentado pelo autor (2004, p. 102), com base em Walter Benjamin, não como de fato excepcional, com relação a sua periodicidade, mas como um paradigma de pragmática de governo. Essa exceção entendida como “lei sem lei” (2004, p. 61), como violação (“suspensão”) interna do direito, torna-se a regra, uma vez que seja possível recorrer-se a ela ilimitadamente. E, como regra, transforma-se em uma forma de condução do estado, uma estratégia de governabilidade.

Mas, como já foi dito, esse paradigma de governo não se manifesta tão somente em âmbito do executivo, em um sentido estrito, mas é passível em toda instância de poder, como mostrou Agamben ao analisar o *justitium* romano enquanto autorização dada ao magistrado (ou a outro sujeito) para suspender a lei (AGAMBEN, 2004, p. 74) em ocasiões de considerada “necessidade” (AGAMBEN, 2004, p. 71) – e por “necessidade”, genericamente apontada, lê-se “arbitrio”.

Ou seja, identifica-se o estado de exceção como paradigma de governo em sentido lato, uma condução do direito mediante a violação do direito.

Em análise do fenômeno, e de sua aplicação no Brasil, Janaína Fortes Ferreira avalia que o que ocorre é uma “sacralização” da norma – em especial, da constituição, enquanto norma

fundamental – seguida de sua suspensão (2011, p. 175). Enaltecida a constituição, instaura-se um “vale tudo” e, em sua (suposta) defesa, admite-se, inclusive, sua violação.

Eis a aparente contradição – diz-se “aparente” pois é justamente o apontado caráter sacro da norma constitucional que serve de fundamento escolhido para justificar a sua suspensão.

A autora aprofunda seu estudo ao caso do Estado brasileiro, em que nota adoção desse paradigma do estado de exceção em especial pelo judiciário. Segundo ela, particularmente o instituto da súmula vinculante distancia em definitivo os poderes constituinte e constituído, pois cria um déficit democrático. Veja-se:

De fato, quando a constituição determina que todo o poder emana do povo, está a dizer também que, antes de qualquer normatização, há uma decisão política fundamental do titular do poder constituinte, o povo. Considerando-se que o povo se encontra aliado quando da emissão de enunciados de súmula vinculante, estes representam a bandeira na qual se deflagra o apartamento e o abuso da constituição. [...] a criação de lei geral e abstrata pelo Poder Judiciário não deixa de ir de encontro ao ato de declaração fundamental, que há de ser soberano, pois dele é que deve partir a validade das leis. (FERREIRA, 2011, p. 176).

Portanto, para Fortes Ferreira, o que ocorre no Brasil (2011, p. 178) é a suspensão da constituição pelo judiciário (pela corte constitucional) em nome da defesa dessa mesma constituição e mediante o desprezo dos pressupostos democráticos de representação. Nesse sentido vige, então, o arbítrio.

Corval, por sua vez, em análise do estado de exceção enquanto paradigma de governo no Brasil, atenta-se ao contexto atual em que se insere. Vislumbra ele uma sociedade que chama de “nova configuração sócio-política” (2007, p. 111), tomada pela insegurança, com demanda por centralização do poder, suspensão de direitos individuais e crise de representatividade no mundo globalizado (2007, p. 112).

Todavia, embora as análises de Corval e Ferreira tenham suas similitudes durante o desenvolvimento de suas pesquisas, chegam a conclusões diametralmente opostas.

Corval conclui que o estado de exceção apresenta-se como alternativa válida, em especial mediante o aumento do teor político das decisões (2007, p. 313), diante da inexistência de uma constituição autorrealizável (2007, p. 135). Para ele, esse paradigma de governo (e de tomada de decisões) valoriza a capacidade criativa do homem enquanto sujeito de decisão; contribui para relevância de grupos excluídos; expande o conceito de democracia para além da vontade da maioria; e fomenta o respeito a direitos e garantias fundamentais (2007, p. 140).

Por outro lado, como já referido, Ferreira (2011, p. 176) situa o estado de exceção como uma burla à democracia, um aval ao arbítrio, que despreza a relação entre poder constituinte e poder constituído para delegar o poder decisório a um judiciário ilimitado e sacralizado que passa a gozar de total independência para criação de normas gerais e abstratas.

Ora, Agamben aponta nesse sentido ao afirmar que o estado de exceção não é “milagre mas, sim, a catástrofe” (2004, p. 88).

As necessidades eleitas em defesa da exceção (tais como a sociedade do risco, a sensação desmedida de insegurança, a demanda por concentração de poder, ou qualquer apontamento genérico de “necessidade ou urgência”) consistem em não mais do que pretextos para violação do direito. Veja-se: “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 [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

Isso, porque a exceção não se situa no direito. Logo, suas pretensas justificativas jurídicas são falsas. “O estado de necessidade não é um ‘estado de direito’, mas um espaço sem direito ([...] anomia que resulta da suspensão do direito)” (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Por fim, aqui conclui-se com Ferreira. É possível identificar no estado brasileiro atual o estado de exceção como paradigma de (des)aplicação do direito, em especial no judiciário. E, ao contrário do que pretende Corval (2007, p. 95), eventual tentativa de reconstrução desse paradigma com base em discursos de necessidade ou urgência só pode culminar em sua reafirmação, pois essa justificativa em nada inova, é justamente sua justificativa original.

5 A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME PERMANENTE SEM INDÍCIOS PRÉVIOS COMO MEDIDA DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Até o momento, analisaram-se as figuras da teoria do garantismo geral, de Ferrajoli, e do estado de exceção, tal como estudado por Agamben, bem como a inserção desse no estado brasileiro e, em especial no judiciário. Passa-se então à análise da prisão em flagrante delito por crime permanente sem indícios prévios nesse contexto de exceção, em contrapartida ao garantismo penal nominalmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Conforme já tratado, o STJ tem ocasionalmente adotado o entendimento de que para haver prisão em flagrante por crime permanente são desnecessários quaisquer indícios prévios ou

mandado judicial que fundamente a medida, inclusive, caso ocorra mediante arrombamento e invasão de domicílio.

Ora, esse entendimento viabiliza que o domicílio de qualquer cidadão seja invadido e ele preso arbitrariamente. Basta que seja plantada em sua residência uma substância ilícita, por exemplo, e a polícia (ou qualquer do povo) adentre o local e efetive a prisão em flagrante. Ainda que não houvesse indícios prévios à ação e os policiais estivessem desprovidos de mandado judicial, em um caso como esse, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça eventualmente tem sido pela licitude do ato (conforme julgados já citados).

Se a constituição garante a inviolabilidade de domicílios em seu artigo 5º, LVI, bem como a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, conforme o inciso XI do mesmo dispositivo, resta frontalmente violada pela mencionada corte.

Bem verdade que a própria carta magna prevê como exceções ao caráter inviolável do domicílio os casos de flagrante delito. Mas, a interpretação de que sob suspeita (infundada) de crime permanente qualquer residência pode ser violada, independentemente de mandado judicial, não se insere como exceção à regra da inviolabilidade, mas a contraria por completo. Pois, esse entendimento viabiliza qualquer violação de domicílio, desde que haja prova de crime permanente a ser apresentada em momento posterior à invasão, ainda que essa prova tenha sido forjada.

Então, resta frontalmente desrespeitada também a vedação de provas ilícitas, cuja previsão é igualmente constitucional. Isso, porque a mencionada jurisprudência (ainda que eventualmente superada pelo próprio tribunal) permite a utilização judicial de prova cuja origem é – para se dizer o mínimo – duvidosa, por desrespeitar as formalidades legais aptas a garantir sua idoneidade.

Portanto, nota-se violação da norma constitucional a partir do pretexto de aplicação do artigo 303 do Código de Processo Penal, sem que se faça dele uma leitura constitucional atenta aos citados princípios da inviolabilidade de domicílio e de inadmissibilidade de provas ilícitas. Tenta-se, ao contrário, é ler a constituição à luz de lei infraconstitucional.

Essa medida adequa-se justamente ao procedimento descrito por Agamben como típica de estado de exceção. Há aqui a eficácia de uma “lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61), uma medida sem valor legal e violatória do direito, a despeito de seu sustentado caráter jurídico. Configura-se como um escape ao ordenamento, “um espaço anômico” (AGAMBEN, 2004, p. 61), que busca legitimidade em discursos de necessidade e no próprio direito, embora não seja direito.

Segundo o autor, “de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica, não tem ‘força’” (2004, p. 61) – como é o caso aqui da constituição – “e de outro lado, atos que não têm valor de lei

adquirem sua ‘força’” – como é o caso de eventual entendimento do STJ a respeito da prisão em flagrante mediante invasão de domicílio por crime permanente sem indícios prévios ou mandado judicial.

É o que Janaína Ferreira (2011, p. 176), nos seus estudos sobre as súmulas vinculantes, considerou um fatídico déficit democrático, na medida em que há um rompimento do vínculo entre poder constituinte e poder constituído, mediante desrespeito da norma fundamental e adoção de critério decisório arbitrário pelo poder judiciário, em verdadeira criação de normas gerais e abstratas independente do ordenamento.

Com base nos estudos da autora, percebe-se aqui o mesmo fenômeno, a despeito do posicionamento jurisprudencial consolidado em questão não ter – ainda – sido transformado em súmula. Trata-se de verdadeira usurpação do poder que emana do povo, colocado, então, como espectador (ou, no caso do preso em flagrante por crime permanente, como objeto) do processo decisório, que negligencia a constituição.

E o entendimento do STJ (esse, que desconsidera a necessidade de indícios prévios para prisão em flagrante por crime permanente) tampouco se coaduna com o garantismo geral defendido pela corte (conforme julgados citados). Pois, a teoria de Ferrajoli (2014, p. 814), enquanto teoria política, pressupõe que a existência de um estado de direito somente se justifica no cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, tais como a inviolabilidade do domicílio e a inadmissibilidade de provas ilícitas.

Enfim, conclui-se que, no Brasil, o entendimento de que prisão em flagrante delito por crime permanente sem indícios prévios ou mandado judicial seria lícita é inconstitucional e constitui medida equivalente à de estado de exceção, que concretiza um afastamento do ato decisório do judiciário brasileiro em relação ao poder constituinte.

Do ponto de vista garantista, a jurisprudência que vem sendo adotada ocasionalmente pelo STJ e aqui analisada tampouco é válida, se desconsidera a necessidade de indícios prévios para prisão em flagrante por crime permanente. Todavia, de uma perspectiva que considera a pragmática de governo sob o paradigma de estado de exceção, o discurso garantista insere-se como pressuposto da exceção. Para haver exceção, é necessária uma regra (ou base teórica) a ser contrariada. A base teórica eleita pelo STJ é o garantismo penal, mas, ocasionalmente, opera-se por meio de manobras típicas, e não declaradas, de estado de exceção, de fuga do direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho investigou o entendimento jurisprudencial ocasional que ignora a necessidade de indícios prévios ou de mandado judicial para a efetivação de prisão em flagrante por crime permanente, ainda que realizada mediante violação de domicílio. Avaliou-se aqui a constitucionalidade dessa jurisprudência, bem como sua compatibilidade com a base teórica do garantismo penal e sua identificação como típica medida de estado de exceção.

A respeito da questão da constitucionalidade, nota-se que o entendimento confronta a garantia da inviolabilidade do domicílio. Não trata ele apenas de excepcionar a norma da inviolabilidade em casos de flagrante delito, mas de estabelecer verdadeira fuga a esse princípio. Pois, tal posição jurisprudencial permite que qualquer residência do País venha a ser violada, basta que se retorne de lá com material ilícito apreendido como pretexto de se estar diante de crime permanente e validar-se-á uma prisão em flagrante.

Assim, se independentemente de indícios prévios, mandado judicial ou qualquer outra garantia de idoneidade do procedimento, são admitidas pelo STJ nesses casos de invasão domiciliar para efetivar prisão em flagrante eventuais provas (ilícitas) que tenham sido plantadas pela polícia ou por terceiros. Viola-se, então, também o princípio constitucional da inadmissibilidade de provas ilícitas.

E, se inconstitucional, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema tampouco coaduna-se com a base teórica garantista declaradamente adotada pela corte. Pois, o garantismo de Luigi Ferrajoli (2014, p. 787), enquanto teoria política, pressupõe que a existência do estado como ente jurídico só se justifica mediante o respeito dos direitos e garantias fundamentais. O desrespeito a garantias procedimentais em nome do resultado obtido em nada é válido da perspectiva garantista (ROSA, 2013, p. 125).

Então, os casos de prisão em flagrante por crime permanente sem indícios prévios e mediante violação de domicílio configuram medida típica de estado de exceção, no sentido apresentado por Agamben. Há uma desaplicação do direito, uma fuga a ele, que busca legitimidade em discursos de “necessidade e urgência” para negligenciar o ordenamento.

Essa medida decisória à margem do direito é que constitui, conforme defendido por Janaína Fortes Ferreira (2011, p. 178), um rombo na democracia. Pois, se é ignorada a constituição, rompe-se o vínculo entre poder constituinte e poder constituído. O judiciário extrapola, nesses termos, sua legitimidade e passa a agir arbitrariamente. E, no caso em análise, o entendimento jurisprudencial

abandona o cidadão ao arbítrio da polícia (ou de qualquer do povo) ao reconhecer que se pode efetuar prisão em flagrante contra ele em qualquer momento por mera suposição de crime permanente, sem que seja analisada a ilicitude de eventuais provas, possivelmente plantadas. Eis o estado de exceção, a fuga do direito.

Por fim, conclui-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aqui tratada entra em confronto direto com a constituição; é medida eficaz inválida da perspectiva garantista; adequa-se ao paradigma de governabilidade por meio de medidas de estado de exceção.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Planalto. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Planalto. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 11.343 de 23 ago. de 2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm > Acesso em: 20 ago. 2015.

FERREIRA, Janaína Fortes. **Súmula vinculante e estado de exceção**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

GRECO, Rogério. **Código penal: comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. (apenas coloquei em ordem alfabética)

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez editora, 2011.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=garantismo+penal+e+estado+democr%Etico&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em: 6 ago. 2015.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoos/toc.jsp?livre=garantista+e+Ferrajoli&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>> Acesso em: 6 ago. 2015.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=307779&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 6 ago. 2015.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+permanente+e+flagrante+legal&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>> Acesso em: 30 ago. 2018.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+permanente+e+flagrante+legal&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em 30 ago. 2018.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+permanente+e+flagrante+legal&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>> Acesso em 30 ago. 2018.

Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+permanente+e+flagrante+legal&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>> Acesso em 30 ago. 2018.