

Não existe flagrante intuitivo: é preciso evidência



Uma questão bastante problemática da busca e apreensão em

residências ocorre quando a autoridade policial realiza a busca, sem autorização judicial, mas a partir da existência de “flagrante delito”, especialmente nas situações de crimes permanentes, como tráfico de drogas ou porte ilegal de arma.

O ponto nevrálgico está no seguinte questionamento^[1]: como a autoridade policial pode saber, antes de ingressar na residência, que lá havia, por exemplo, armas ilegais ou depósito de substâncias entorpecentes? Partindo disso, alguns setores da doutrina e jurisprudência passaram a exigir que a polícia comprove de que forma soube, previamente, da ocorrência do crime permanente e, principalmente, que a situação de flagrância corresponda — efetivamente — à visibilidade do delito. Deve-se considerar que o flagrante corresponde à atualidade do crime, sua realização efetiva e visível naquele momento. Portanto, como ensina Carnelutti^[2], a noção de flagrância está diretamente relacionada à “chama que denota com certeza a combustão, quando se vê a chama, é inquestionável que alguma coisa arde”, é a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta, é a visibilidade do delito. Assim, somente quando presente essa “prévia visibilidade” é que está autorizada a busca domiciliar sem mandado judicial e legitimada pelo flagrante delito previsto no artigo 5º, IX, da CF. Nos demais casos, em que não existe essa prévia visibilidade, e apenas após o ingresso na residência é que a autoridade policial consegue buscar e encontrar a substância ou armas, é necessário o mandado judicial de busca e apreensão.

No mesmo sentido e para finalizar, é precisa a lição de Morais da Rosa^[3] de que “de fato, o art. 303 do CPP autoriza a prisão em flagrante nos crimes permanentes enquanto não cessada a permanência. Entretanto, a permanência deve ser anterior à violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada. Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa 'x', bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente 'parecia' que havia droga. É preciso que o flagrante esteja visualizado ex ante. Inexiste flagrante permanente imaginado. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional, por violação do domicílio do agente, quando movida pelo imaginário, mesmo confirmado posteriormente. A materialidade estará contaminada pela árvore dos

frutos envenenados” (grifamos).

A garantia da inviolabilidade da casa (CR, artigo 5º XI) não pode depender da intuição dos agentes, justamente porque devem existir evidências antecedentes da prática de conduta ilegal. Quando se trata de abordagem em via pública, a jurisprudência é mais flexível, tendo-se consolidado recentemente que, se não há flagrante posto, evidenciado, a casa não pode ser invadida. Se for, a prova é ilícita, bem assim as derivadas (árvore dos frutos envenenados)[4], nos termos do artigo 5º, LVI, da Constituição, conforme decidiu a [6ª Turma do STJ recentemente](#) — clique [aqui](#) para ler o voto vencedor, do ministro Rogério Schietti.

As intuições[5] do sistema de resposta rápido dos agentes estatais são governadas pelos estereótipos gerados no exercício de cada profissão[6]. Gary Klein, citado por Kahneman[7], conta o caso do bombeiro que ao chegar numa casa em chamas percebe que há algo errado e, mesmo sem refletir, determina a evacuação, evitando, com isso, a morte dos bombeiros, dado que o chão desabou. Entrevistado posteriormente, o bombeiro comandante afirmou que era sexto sentido. Kahneman afirma que aos comuns parece magia, mas é o resultado da perícia intuitiva, a saber, por realizar a tarefa muitas vezes, alguma coisa sensorial indicava que a situação não estava normal, e sua capacidade de reconhecimento é diferenciada. A mesma situação acontece com os enxadristas, que, estudados por Herbert Simon, conseguem visualizar o tabuleiro de maneira diferente dos demais mortais. Os policiais, da mesma maneira, sentem a situação diferenciada e promovem abordagens, embora somente possam agir quando existam indicativos exteriores, em face da violação de direitos de liberdade. Os julgadores[8] também podem ser tomados pelas intuições e seus riscos[9].

Em todos os casos, todavia, não se trata de sexto sentido ou mesmo de intuição, mas tão somente de capacidade acurada de reconhecimento do desvio do padrão de ação. Basta lembrar que, quando estávamos aprendendo a dirigir, tomávamos cuidado em passar a marcha, em olhar o ponteiro, enfim, ações que com a prática passam a ser automáticas. Assim é que a denominada intuição (perícia intuitiva) desenvolve-se, porque com o tempo nos adaptamos a reconhecer os elementos familiares em dada situação e a responder de modo apropriado, com aversão ao risco. E isso pode ser perigoso no jogo processual. Isso porque a intuição dialoga — perigosamente — com o senso comum, prenhe de erros e violações às regras. Só não podemos fingir que não opera. Ciente da possibilidade de incidência de mecanismos intuitivos, devemos antecipar a possibilidade e contornar os efeitos, operando no limite da legalidade.

Do contrário, as regras limitadoras da ação estatal, em todos os seus campos, estariam sujeitas à intuição individual do agente público, transformando-se em verdadeira falácia garantista, como aponta Ferrajoli [10]. A intuição de um agente pode gerar uma investigação, jamais um flagrante, especialmente com a violação de direitos fundamentais, salvo se, como diz Lenio Streck, inventarem o princípio da intuição do agente que justifica tudo. Aí estaremos perdidos, ou melhor, invadidos pelo incontrolável da intuição.

Em resumo, no espaço público, a restrição de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da intuição dos agentes estatais. Há regras que valem — ou deveriam valer — para além das intuições.

[1] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*,

14ª edição, Saraiva, 2017.

[2] CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*, v.2, p. 77.

[3] MORAIS DA ROSA, Alexandre. “O mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes criminais”. Publicado na coluna “Limite Penal”, no site www.conjur.com.br. Acesso em: 31/7/2014.

[4] LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*, 14ª edição, Saraiva, 2017.

[5] Sobre intuição, cabe destacar a produção de Bergson, na filosofia, e de Rizzatto Nunes, no Direito. Entretanto, para os fins desse escrito, não serão explorados. Conferir: RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *A Intuição e o Direito: um novo caminho*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997; BERGSON, Henri. *A intuição filosófica*. In: *Cartas, Conferências e outros escritos*. Trad. Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Abril, 1974; GIGERENZER, Gerd. *O poder da intuição*. Trad. Alexandre Rosas. Rio de Janeiro: Best Sellers, 2009; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *A índole Filosófica do Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 58: “A intuição é uma compreensão espontânea e global que se dá com relação ao objeto. É pré-lógica; um ‘insight’, uma iluminação global, direta e imediata da realidade”.

[6] BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[7] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

[8] POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011, p. 125: “Al igual que sucede en la mayoría de toma de decisiones, la intuición juega un papel central en la toma de decisiones judiciales. La intuición, como facultad que permite al juez, al hombre de negocios o a un comandante del ejército hacer un juicio rápido sin llevar a cabo un balance y una comparación consciente de los pros y de los contras de los cursos de acción posibles, puede entenderse mejor cuando es definida como capacidad de llegar a un repositorio de conocimiento que se encuentra en el subconsciente y que ha sido adquirido a través de la educación y, en especial, a través de la propia experiencia (al modo en el que queda expresado cuando se le dice a alguien que <<practique hasta que aquello que hace llegue a ser algo automático>>)”.

[9] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito 2017.

[10] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: RT, 2002.

Date Created

12/05/2017