

Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos

Warrantless home searches and unlawful evidences: reflections about the judgement of the Extraordinary Appeal 603.616, in the light of the United States Law

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Buscas e apreensões nos EUA. 2.1. Breves apontamentos históricos e contextualização: considerações sobre a *exclusionary rule*. 2.2. Hipóteses de dispensa de mandados: *consent*, *plain view* e *open view*. 3. Buscas domiciliares sem mandado e a posição do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616. 4. Necessidade de densificação de parâmetros diante do conflito entre liberdade individual e persecução penal: o papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito. 5. Conclusão.

¹ Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Assis (SP). Juiz Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura nas áreas de Penal, Processo Penal, Infância e Juventude e Idoso. Coordenador do Núcleo de Direito Comparado Brasil-EUA da Escola Paulista da Magistratura.

Resumo: este trabalho objetiva tecer considerações acerca da utilização de provas ilícitas no processo penal e, especialmente, no que diz respeito às provas colhidas por ocasião de buscas e apreensões despidas de mandado judicial. Para tanto, inicialmente são feitas algumas reflexões sobre a jurisprudência dos EUA, principalmente da Suprema Corte, relativamente à compreensão da ilicitude das provas, seus efeitos e as exceções pelas quais são introduzidas no processo. Quanto às buscas, o estudo faz alusões a teorias que admitem sua realização sem mandado judicial. Em seguida, o trabalho analisa a tese fixada pelo STF sobre o tema, para concluir que seu conteúdo não satisfaz os reclames da esperada segurança jurídica.

Palavras-chave: provas; ilicitude; buscas e apreensões; insegurança.

Abstract: this work aims to establish some considerations concerning to the use of unlawful evidences in the criminal procedure and, especially, in which it concerns to those obtained during warrantless searches and seizures. Therefore, some initial considerations are made of the U.S. jurisprudence, mainly their Supreme Court's decisions about the comprehension of unlawfulness itself, its effects and exceptions. In which it refers to searches, this work analysis the warrantless searches theories. As it follows, it focuses on the STF thesis about the unlawful evidences, and concludes that it did not meet the wanted legal certainty requirements.

Keywords: evidences; unlawfulness; searches and seizures; uncertainty.

Resumen: este trabajo tiene como objetivo hacer consideraciones al respecto de las pruebas ilícitas en el proceso penal y, en especial, en lo que dice respecto a las pruebas recogidas en ocasiones de búsqueda y aprehensión sin mandato judicial. Para ello, se realizan algunas reflexiones acerca de la jurisprudencia de los EEUU, principalmente de la Suprema Corte, relativa a la comprensión de la ilicitud de las pruebas, sus efectos y las excepciones por las cuales son introducidas en el proceso. Con relación a las búsquedas, el estudio hace alusión a las teorías que admitten su realización sin el mandato judicial. Luego, el trabajo analiza la tesis fijada por el Supremo Tribunal Federal sobre el tema, para concluir que su contenido no satisface los reclamos de la esperada seguridad jurídica.

Palabras clave: pruebas; ilicitud; búsquedas y aprehensiones; inseguridad.

1. Introdução

A inviolabilidade domiciliar é garantia fundamental, prevista no art. 5º, XI, da Constituição, que prescreve: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” A proteção constitucional se relaciona intimamente com o direito à privacidade e à intimidade dos indivíduos que habitam uma casa², podendo-se cogitar de uma “privacidade espacial”, ao lado da “privacidade em geral”³, que já é contemplada pelo inciso X do mesmo artigo.⁴

Tratando-se de um valor fundamental, a garantia da inviolabilidade domiciliar deve ser interpretada em sua máxima efetividade,⁵ circunstância que conduz, por um lado, (1) a uma interpretação extensiva do conceito de casa e, por outro, (2) a uma interpretação *restritiva* das hipóteses de inviolabilidade.

Quanto à extensão do termo “casa”, o Supremo Tribunal Federal já fixou que ele também compreende qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, como quartos de hotel.⁶ A inviolabilidade também se estende às partes não cercadas da residência, como as garagens, quintais e jardins, além de *trailers*, domicílios profissionais, como os escritórios de advocacia⁷ e, mais amplamente, a todos aqueles lugares em que esteja presente o critério de *fechamento ao público*.⁸ Nessa

² Intimidade e privacidade são dois valores vizinhos, mas o primeiro possui amplitude menor que o segundo, apesar de nele estar contido. Tudo o que é íntimo é também afeto à vida privada, porém o contrário não é verdadeiro. Por exemplo, as relações de trabalho, de estudo etc. são afetas à privacidade, mas não dizem respeito à intimidade (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 160.).

³ MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 287.

⁴ X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.”

⁵ O princípio da máxima efetividade “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 227.).

⁶ STF, HC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 3.4.2007.

⁷ STF, HC 82.788/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 2.6.2006.

⁸ MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 286.

ótica, o art. 150, §§ 4º e 5º, do Código Penal parece ter sido absolutamente recepcionado pela ordem constitucional atual.⁹

Se a inviolabilidade é a regra, a Constituição tratou de fixar as hipóteses permissivas de ingresso em casa alheia, independentemente de consentimento do morador:¹⁰ (1) flagrante delito; (2) desastre; (3) para prestar socorro; (4) por determinação judicial, somente durante o dia.¹¹ Este último caso, o único submetido à cláusula de reserva jurisdicional, encontra-se regulamentado pelos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal, que autoriza a expedição de mandados judiciais quando houver *fundadas razões*¹² para prender criminosos e, em termos genéricos, apreender coisas relacionadas a condutas criminosas.

Pois bem. O presente trabalho, no primeiro momento, visa tecer considerações acerca das provas ilícitas no processo penal¹³, a partir do enfoque trazido pelo Direito dos EUA, cuja importância se revela não apenas porque suas teorias foram incorporadas em nosso sistema jurídico pela Lei 11.690/2008, mas também porque a jurisprudência de sua Suprema Corte tem estabelecido parâmetros mais seguros acerca da prescindibilidade de mandados judiciais para a realização de buscas e apreensões, a partir de duas teorias (*open view doctrine e plain view doctrine*), construção esta que não está sistematizada em nosso Direito. A compreensão dessas teorias também se faz necessária para refletirmos sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no bojo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (Recurso

⁹ § 4º. “A expressão ‘casa’ compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.” § 5º. “Não se compreendem na expressão ‘casa’: I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

¹⁰ A regra é a inviolabilidade, de modo que, se houver dissenso entre os habitantes, deve prevalecer a vontade daquele que se opõe ao ingresso de terceiro à casa.

¹¹ Para alguns, dia deve ser o período compreendido entre 6h e 18h; para outros, o critério deve ser o *físico-astronômico*, à medida que dia é o período entre a aurora e o crepúsculo. (MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 176).

¹² Obviamente, para que a autoridade aponte suas *razões fundadas* para acreditar que naquela casa exista alguém que deva ser preso ou algum objeto apreendido, deve haver algum trabalho investigativo preliminar.

¹³ Neste sentido, longe de discussões doutrinárias, nos apegaremos à definição legal de provas ilícitas prevista no art. 157 do CPP (“[...] provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”), sem embargo das críticas a ela lançadas por doutrina de escol, justamente porque o texto deixou de distinguir as violações à lei material e processual, já que, para estas, admite-se que a nulidade seja sanada, refazendo-se o ato, nos termos do art. 573, *caput*, CPP (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.).

Extraordinário 603.616), que pretendeu estabelecer parâmetros para a análise da licitude de entrada forçada em domicílio sem lastro em mandado judicial competente. Após analisarmos o julgamento de mencionado caso, refletiremos acerca do papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito Constitucional, para concluirmos que esta função não foi bem desempenhada na fixação da tese em análise, porque não trouxe a almejada segurança jurídica.

2. Buscas e apreensões nos EUA

2.1. Breves apontamentos históricos e contextualização: considerações sobre a *exclusionary rule*

Nas duas décadas que antecederam a independência dos EUA, a Inglaterra passou a intensificar sua política de arrecadação de receitas, prática que contou com a resistência dos patriotas, que se negavam a pagar os impostos. Com isso, rotineiramente, a Coroa expedia os chamados *writs of assistance*, ordens dadas aos xerifes locais para que auxiliassem os agentes britânicos na busca de mercadorias contrabandeadas. Esses *writs* eram uma espécie de mandados genéricos, porque não especificavam o lugar, coisas a serem apreendidas ou os indivíduos que seriam abordados. Pelo contrário, eles conferiam poder para que os agentes realizassem as buscas onde quer que encontrassem o ilícito e, além disso, sua validade era indefinida, vigendo por todo o lapso daquele reinado existente no período em que foi expedido, mais seis meses.¹⁴

Essas ordens genéricas eram veículo ideal para o cometimento de abusos e arbitrariedades por meio de agentes policiais mal-intencionados. Obviamente, contaram com o repúdio dos líderes revolucionários de então, que a tinham como uma prática opressiva, irrazoável e injusta.¹⁵ Por isso, em várias ocasiões houve resistência veemente ao cumprimento dessas diligências, principalmente em Massachusetts, onde,

¹⁴ Na própria Inglaterra, era prática comum a expedição de mandados genéricos (general warrants) para a apreensão de publicações sediciosas. (FRAENKEL, Osmond K. Concerning searches and seizures. *Harv. L.Rev.*, v. 34, p. 361, p. 362-63, 1920.).

¹⁵ BRADLEY, Gerard V. The constitutional theory of the Fourth Amendment. *Scholarly Works*, Paper 773, 1989. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/773>. Acesso em: 11 dez. 2015.

devido à oposição popular mais ferrenha a partir de 1765, esses *writs* passaram a ser virtualmente inexecutáveis.¹⁶

Por isso, não é surpresa que a *Bill of Rights* tenha se ocupado de garantir a inviolabilidade contra buscas irrazoáveis, época em que a maioria dos estados editou cartas de direitos fundamentais e em todas elas havia previsões semelhantes a essa.¹⁷ Textualmente, a 4ª emenda à Constituição dos EUA estabelece que:

O direito do povo de ser inviolável em seus corpos, casas, papeis e propriedades contra buscas e apreensões irrazoáveis não deve ser desrespeitado, e nenhum mandado deve ser expedido se não houver causa provável, embasada em juramento ou afirmação, com descrições particularizadas do lugar em que haverá a busca, e indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.¹⁸

Diferentemente de nosso art. 5º, XI, o texto não determina quais buscas devam ser precedidas de mandados e, tampouco, estabelece a autoridade estatal que deva expedir-las, não parecendo tão óbvio que a competência devesse somente ser exercida por juizes, já que na Inglaterra de então esse poder normalmente estava centrado nas mãos de certos agentes da Coroa.¹⁹ Atualmente, inclusive, algumas leis estaduais dos EUA atribuem essa competência aos chamados “juizes de paz” (*justices of the peace*), servidores que não apenas celebram casamentos, mas também exercem parcela de poder jurisdicional, relativamente a

¹⁶ HUBBART, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a fourth amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005. p. 31.

¹⁷ BRADLEY, Gerard V. Op. cit. Curiosamente, ao mesmo tempo em que havia a repudia generalizada a mandados genéricos, muitas leis estaduais admitiam uma série de situações que poderiam ser objeto de buscas, apreensões ou prisões, independentemente de mandado. Por exemplo, havia uma lei de Connecticut (1751 Act) que autorizava *sheriffs*, policiais de menor autoridade (*constables*), jurados e outras autoridades locais (seriam os *tithing men*, chefes de família encarregados de fiscalizar o comportamento de seus vizinhos) a prenderem sem mandado quando vissem ou soubessem que alguém viajou desnecessariamente aos sábados (idem, ibidem).

¹⁸ Tradução livre. No original: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

¹⁹ AMAR, Ahhil Reed. Fourth amendment first principles. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures - its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. p. 30. (Bill of Rights Series).

casos que envolvam infrações penais de menor gravidade (misdemeanors) e outras causas cíveis menos complexas (*small claims*).²⁰ É o que ocorre, por exemplo, no Estado de New Hampshire.²¹

A 4ª emenda estabelece a garantia da inviolabilidade contra buscas e apreensões irrazoáveis e preceitua que mandado algum deve ser expedido sem que exista causa provável (*probable cause*), mas não esclarece qual seria a consequência processual acerca da utilização de uma prova obtida ao arrepio dessas garantias. Em 1914, mais de um século após a edição da mencionada emenda, a Suprema Corte, no julgamento de *Weeks v. United States*²², decidiu que as provas obtidas em violação à 4ª emenda não poderiam ser utilizadas, como regra, em processos criminais. Trata-se da *exclusionary rule* que, à época de *Weeks*, já era adotada por 16 legislações estaduais, consideradas as suas variações.²³ Expressamente, a decisão também firmou que seus efeitos se estendiam apenas aos processos federais, reconhecendo que a 4ª emenda não se autoaplicava aos Estados, de modo que era, em tese, possível que provas obtidas ilicitamente por agentes estaduais daqueles estados que não adotavam a *exclusionary rule* fossem validamente utilizadas em processos criminais federais, situação que ficou conhecida como *silver platter doctrine* (“doutrina da badeira de prata”).²⁴

Aliás, foi apenas em 1968, durante o mandato do *Chief Justice Warren*²⁵, que a Suprema Corte decidiu que a 4ª emenda se aplicaria amplamente a todos os estados da federação, no julgamento do conhecido caso *Mapp v. Ohio*²⁶, época em que a *exclusionary rule* já era adotada pela maioria das legislações estaduais.²⁷

²⁰ Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Justice_of_the_peace>. Acesso em: 26 dez. 2015.

²¹ Section 595-A:1. Issuance of Search Warrants; Purposes. Gencourt.state.nh.us. 29 August 1969.

²² 232 U.S. 383 (1914).

²³ HUBBART, Phillip. Op. cit., p. 334.

²⁴ Idem, ibidem. p. 334. A “doutrina da bandeja de prata” somente foi rechaçada em *Elkins v. United States* (364 U.S. 206 (1960)).

²⁵ Earl Warren exerceu a presidência da Suprema Corte entre 1953 e 1969, período conhecido como o de maior ativismo judicial já visto na história dos EUA. Foram decididos casos emblemáticos, que marcaram a história do direito constitucional daquele país e do mundo todo, como *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)), que reconheceu inconstitucional a separação de crianças brancas e negras em escolas públicas e determinou a adoção de política pública inclusive, a fim de que se corrigisse essa distorção, afastando-se a regra do “separados, mas iguais”, reconhecida em *Plessy v. Ferguson* (1896); o próprio caso *Mapp*, que adotou a extremada *exclusionary rule*, para coibir abusos policiais; *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)), que estabeleceu a necessidade de o investigado ser advertido de seu direito de permanecer calado e se consultar com seu advogado, entre tantos outros.

²⁶ 367 U.S. 643 (1961). A decisão aclarou a imperatividade da 4ª emenda para todos os Estados da Federação, por força do disposto na 14ª emenda (*incorporation doctrine*).

²⁷ HUBBART, Phillip. Op.cit., p. 335.

Evidentemente, a *exclusionary rule* representa um custo social muito significativo, porque impede que indivíduos respondam por crimes que efetivamente cometeram, conduzindo a uma indesejada sensação de impunidade e injustiça. Todavia, conforme entendeu a Suprema Corte em *Mapp*, trata-se do instrumento mais eficaz para se garantir a efetividade da 4ª emenda. Caso contrário, a garantia por ela estabelecida se reduziria a mero “jogo de palavras”.²⁸ Como enfaticamente estabeleceu a Suprema Corte em *Elkins v. United States*, “[a] regra [exclusionary rule] é calculada para prevenir, não reparar. Seu objetivo é impedir – impor respeito à garantia constitucional pela única maneira eficaz disponível – removendo o incentivo de desrespeitá-la.”²⁹

De fato, a celeuma acerca do assunto é enorme nos EUA. De acordo com Guido Calabresi, a regra é o termômetro mais sensível para se distinguir os liberais dos conservadores, muito mais até que as opiniões sobre o aborto, Direito e economia, ou sobre *Bush v. Gore*, já que, invariavelmente, para os liberais a *exclusionary rule* é um pilar do direito à privacidade, afigurando-se essencial para proteger os indivíduos dos comportamentos arbitrários da polícia; para os conservadores, contudo, é uma regra absurda, por meio da qual criminosos violentos ficam impunes, porque os tribunais preferem formalidades em detrimento da verdade.³⁰

Ponderamos que a inutilização não se restringe à prova obtida ilicitamente, em si, estendendo-se também àquelas que dela derivarem (prova ilícita por derivação). É a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”), forjada pela Suprema Corte em 1920³¹, que impede a utilização nos processos criminais de todas as provas derivadas da busca e/ou apreensão ilícita, mediante a utilização da regra da “efetiva causalidade” (*actual causation test*).³² Com base nessa teoria, a Suprema Corte já considerou, por exemplo, que impressões digitais obtidas de um indivíduo, que fora apreendido ilicitamente, não podiam ser utilizadas para qualquer fim no processo penal.³³ Também já decidiu pela inadmissibilidade de provas obtidas mediante mandado judicial, motivadas pela utilização

²⁸ “Form of words” (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 648 (1961)).

²⁹ No original: “The rule is calculated to prevent, not repair. Its purpose is to deter – to compel respect for the constitutional guaranty in the only effective available way – by removing the incentive to disregard it.” (364 U.S. 206, 217 (1960)).

³⁰ CALABRESI, Guido. The exclusionary rule. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures – its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. p. 222-226, p. 222. (Bill of Rights Series).

³¹ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

³² HUBBART, Phillip. Op. cit., p. 341.

³³ *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811 (1969).

de cães farejadores durante a realização de buscas ilícitas.³⁴ E, de igual modo, a Corte já aplicou a *exclusionary rule* para afastar o conteúdo da versão imediatamente prestada à polícia pela pessoa presa ilicitamente, ainda que ela tivesse sido informada de seu direito de permanecer calada e de ser assistida por advogado.³⁵

Todavia, a própria teoria do *fruit of the poisonous tree* encontra suas limitações em três teorias: (1) dissipação da mancha (“*dissipation of taint*”); (2) fonte independente (“*independent source*”), e (3) descoberta inevitável (“*inevitable discovery*”).

A primeira delas guarda pertinência com a necessidade apontada acima de que exista nexos real, efetivo, entre a prova originária e a prova derivada. Se a ligação é tênue, frágil, não há razão para se impedir a utilização da prova, que apenas remotamente se relaciona com a busca/apreensão irrazoável. É a doutrina da dissipação da mancha, uma limitação à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, aplicada pela Suprema Corte em *Wong Sun v. United States*.³⁶ Neste caso, os policiais realizaram buscas e apreensões ilegais em estabelecimento empresarial de terceira pessoa, que acabou indicando Wong Sun como o proprietário das drogas encontradas, culminando com sua prisão. Após sua liberação, ele voluntariamente compareceu à unidade policial e acabou por confessar o tráfico de drogas. Em grau recursal, a Suprema Corte reconheceu a licitude da condenação baseada em sua confissão voluntária, já que ela se relacionava apenas remotamente com a apreensão ilícita das drogas. A ideia central da teoria da dissipação da mancha foi bem aclarada em *Murray v. United States*:

A *exclusionary rule* proíbe a apresentação como prova de produtos tangíveis apreendidos durante uma busca ilícita. Além disso, a *exclusionary rule* impede a apresentação de provas derivadas, tangíveis e testemunhais, que sejam produto da primeira prova ou, de outro modo, foram obtidas como resultado da busca ilícita, até o momento em que a conexão com a busca ilícita se torne “tão atenuado ao ponto de dissipar a mácula.”³⁷

³⁴ *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

³⁵ *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

³⁶ 371 U.S. 471 (1963).

³⁷ No original: “The exclusionary rule prohibits introduction into evidence of tangible materials seized during an unlawful search. Beyond that, the exclusionary rule also prohibits the introduction of derivative evidence, both tangible and testimonial, that is the product of the primary evidence or

Já a teoria da fonte independente remete à inaplicabilidade da teoria do *fruit of the poisonous tree* nos casos em que a prova deriva de uma fonte diversa da maculada pelo vício da ilicitude. Ela foi o fundamento da manutenção de condenação de indivíduo que teve seu domicílio ilicitamente invadido por policiais e, quando estes estavam no local, outros policiais ali chegaram munidos de competente mandado e lograram apreender drogas.³⁸

Por fim, a teoria da descoberta inevitável é semelhante à da fonte independente, com a diferença de a prova já ter sido obtida de maneira ilícita, mas se chega à conclusão que ela teria sido certamente descoberta licitamente, e.g., pelo segundo grupo de policiais que, ao dar cumprimento a mandado judicial, descobre que os objetos ilícitos já foram apreendidos pelo primeiro grupo de policiais, que invadiu o domicílio sem que tivessem obtido a competente ordem.³⁹

As três teorias parecem ter sido adotadas no Brasil por meio da Lei 11.690/2008, que alterou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal.⁴⁰ Quanto à primeira, seu parágrafo 1º estabeleceu serem inadmissíveis de utilização no processo as “provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras [...]”. Ora, se não houver nexo algum entre elas, logicamente não há se falar em derivação. Pensamos que a intenção tenha sido admitir-se a utilização de provas que tenham ligação atenuada, remota, com as provas obtidas ilicitamente, encampando-se, com isto, no Direito brasileiro, o teste da causalidade efetiva e a doutrina da dissipação da mancha. Por outro lado, a teoria da fonte independente é prevista expressamente pela parte final do 1º parágrafo e seu alcance é pretensamente aclarado pelo parágrafo 2º do citado artigo: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova.” No entanto, houve confusão

that is otherwise acquired as a result of the unlawful search, up to the point at which the connection with the unlawful search becomes ‘so attenuated as to dissipate the taint.’” (*Murray v. United States*, 487 U.S. 533, 480 (1988).

³⁸ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

³⁹ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

⁴⁰ Apenas por curiosidade, em pesquisa realizada no site do STJ, a expressão “independent source” aparece 18 vezes, ao passo que a expressão “inevitable discovery” acusa 10 registros. Nenhum foi encontrado para “dissipation of taint.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

terminológica, porque esta norma explicativa se refere, em verdade, à teoria da descoberta inevitável.⁴¹

Ademais, como podemos perceber, o espírito da norma brasileira não discrepa do da norte-americana, também quanto à consequência do reconhecimento da ilicitude da droga: literalmente, elas são imprestáveis ao processo penal (art. 157, *caput*), devendo ser desentranhadas e inutilizadas (art. 157, § 3º). Portanto, o efeito é o mesmo da *exclusionary rule* dos EUA:

Todavia, por evidente opção legislativa, parece não haver espaço no Brasil para a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade quanto à utilização de provas ilícitas, já que sua inutilidade no processo seria inexorável. Com razão, há quem sustente ser possível a utilização de prova ilícita, somente se ela se revelasse proporcional para atender aos interesses do réu, para a prova de sua inocência, por exemplo, circunstância que se afinaria ao estado de legítima defesa, inclusive.⁴²

No entanto, nos EUA, como já esclarecemos, a *exclusionary rule* não é aplicada cegamente, sendo curioso notar que se admite a utilização de provas ilícitas, em algumas situações pontuais, mesmo contra os interesses do acusado. Conforme já reconheceu a Suprema Corte, provas ilícitas podem ser validamente utilizadas para a acusação confrontar a versão apresentada pelo réu em seu interrogatório judicial, justamente para se evitar o cometimento do crime de perjúrio.⁴³

⁴¹ No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca: “Note-se que a Lei 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, par. 2º, ao pretender definir o significado de ‘*fonte independente*’ afirmou tratar-se daquela que ‘*por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*’ A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense.” (*Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 375.).

⁴² “Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*.” (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. Op. cit, p. 129-130.

⁴³ *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980).

Também já se admitiu a utilização de provas ilícitas pelo *grand jury* para o indiciamento, ainda que as mesmas provas não pudessem ser utilizadas posteriormente no processo penal.⁴⁴ E talvez, a situação que seja mais próxima à realidade brasileira, a Suprema Corte também fixou o entendimento de que provas ilícitas possam ser utilizadas, ainda que sejam contrárias aos interesses de acusados, quando estiver presente a “boa-fé” dos agentes estatais, não sob o viés subjetivo, mas objetivo (“*objectively reasonable good faith*”), o que significa dizer que o comportamento deve estar embasado em algum erro justificável de fato ou de direito.⁴⁵ O seu fundamento é o seguinte: se o objetivo da *exclusionary rule* é impedir que um agente estatal viole o direito estabelecido pela 4ª emenda, qual a razão de se impedir a utilização da prova se ela é obtida quando o agente razoavelmente acredita que sua atuação se encontra em perfeita conformidade com a Constituição, e objetivamente age como tal?⁴⁶ Com base nesse entendimento, a Suprema Corte já admitiu o aproveitamento de provas ilícitas, obtidas em cumprimento de ordem judicial aparentemente legítima, mas inválida;⁴⁷ a utilização de evidências apreendidas com base em lei que autorizava as buscas, posteriormente tida por inconstitucional;⁴⁸ e buscas realizadas com base em mandado de prisão equivocadamente inserido em sistema de computador, quando o agente que efetuou as buscas não concorreu para a inserção indevida.⁴⁹

Ponderamos que, ao menos sob o prisma legal, não há previsão no Brasil acerca da aplicação dessa teoria. Pelo contrário, ao art. 157 do CPP parece ser irrelevante a presença da boa-fé no momento da obtenção da prova, mas podemos cogitar, em tese, à luz da proporcionalidade/razoabilidade, acerca da possibilidade de sua utilização em circunstâncias excepcionais, como no caso de a polícia descobrir a prática de um crime grave por meio de uma interceptação de um número de telefone equivocadamente inserido pelo juiz, cujo erro não tinha sido percebido pelos policiais, ou mesmo o cumprimento de mandado judicial em residência diversa da pretendida, porque o juiz se equivocou quanto ao número da casa e, ainda assim, encontra-se algum produto ilícito no local diligenciado.

⁴⁴ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

⁴⁵ HUBBART, Phillip. Op.cit., p. 349.

⁴⁶ Idem, ibidem. p. 349.

⁴⁷ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁴⁸ *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

⁴⁹ *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).

2.2. Hipóteses de dispensa de mandados: *consent, plain view e open view*

E quando é que as buscas e apreensões devem ser lastreadas em mandados? Inicialmente, a Suprema Corte adotou uma postura mais restritiva, estabelecendo a necessidade de se atentar à 4ª emenda em se tratando de buscas domiciliares.⁵⁰ Com base nessa premissa, em 1928, ela chegou a afastar a necessidade de autorização judicial para as escutas telefônicas, porque não se vislumbraria qualquer transgressão a direito material de posse ou propriedade, dando ensejo à chamada *trespass doctrine*⁵¹, que foi substituída quase quatro décadas mais tarde, em *Katz v. United States*, pela regra da “expectativa razoável de privacidade” (*reasonable expectation of privacy*).⁵² Em *Katz*, a Suprema Corte fixou o entendimento de que o controle judicial exigido pela 4ª emenda não se vinculava necessariamente a qualquer noção de posse ou propriedade, mas, antes, relacionava-se ao direito à privacidade. Enfaticamente, o voto concorrente do *Justice Harlan* aclarou que “[a] 4ª emenda protege pessoas, e não lugares”, estendendo a proteção constitucional, em *Katz*, para as conversas telefônicas mantidas em telefones públicos.

Os contornos dessa proteção, portanto, vêm sendo ditados pela Suprema Corte que, mais uma vez vinculando a *ratio* da 4ª emenda ao direito de privacidade, já decidiu, por exemplo, pela necessidade de mandado judicial para que sejam realizadas buscas em uma mala de mão que acompanha o passageiro de um ônibus, no interior do veículo, se o objeto a ser apreendido não estiver à mostra.⁵³

No que diz respeito a buscas e apreensões dentro de veículos, como regra geral, não há necessidade de mandados judiciais, justamente porque os carros se movimentam e seria inviável a obtenção de uma ordem antes da diligência, devido à possibilidade de fuga.⁵⁴ As buscas também podem ocorrer no porta-malas do automóvel.⁵⁵ A dispensa de mandado curiosamente também se aplica a casas móveis⁵⁶, mas não

⁵⁰ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

⁵¹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 428 (1928).

⁵² 389 U.S. 347 (1967).

⁵³ *Bond v. U.S.*, 529 U.S. 334 (2000).

⁵⁴ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

⁵⁵ *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).

⁵⁶ *California v. Carney*, 471 U.S. 386 (1985).

se estende a automóveis que não sejam capazes de se movimentar, como no caso de marido e mulher terem sido conduzidos à unidade policial e ninguém mais possuir acesso ao automóvel.⁵⁷

Portanto, como regra, as hipóteses de imprescindibilidade de mandados de buscas são mais amplas nos EUA que no Brasil, já que elas não se relacionam, necessariamente, à ideia de casa ou domicílio, mas, sim, ao conceito indeterminado de “expectativa razoável de privacidade”, cujos contornos vêm sendo estabelecidos paulatinamente pela Suprema Corte.

Contudo, ocorre que, mesmo em alguns desses casos, ainda que esteja presente a aludida “expectativa de privacidade”, as buscas e apreensões independem de mandados judiciais, mas lembrando que, invariavelmente, elas se submetem ao preenchimento do requisito da “causa provável” (“*probable cause*”) do cometimento de um crime ou da origem ilícita do objeto a ser apreendido, cuja compreensão não deve se fundar em critérios técnicos, mas práticos, levando-se em consideração a maneira que “homens razoáveis e prudentes agiriam diante de acontecimentos da vida cotidiana.”⁵⁸

A primeira exceção fica por conta da existência de consentimento do morador (“*consent*”), que deve ser sempre voluntário⁵⁹ e dado por alguém que esteja ciente de que se trata de uma opção, cujo ônus probatório deve recair sobre a acusação.⁶⁰ Não há necessidade, todavia, de que os agentes informem o indivíduo de que tem o direito de recusar às buscas, tal como ocorre nas prisões, quando o indivíduo deve ser informado de seus direitos de permanecer calado e de ser assistido por um advogado (*Miranda rights*).⁶¹ De modo geral, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, quando então os agentes devem automaticamente cessar as buscas.⁶² Além disso, o consentimento também pode ser dado por terceira pessoa, desde

⁵⁷ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

⁵⁸ *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983).

⁵⁹ *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).

⁶⁰ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948).

⁶¹ *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973); *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33 (1996); *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194 (2002).

⁶² *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973). A Corte de Apelação do 3º Circuito, todavia, já decidiu que o direito de se revogar o consentimento a qualquer tempo não se aplica no caso de passageiros de avião que submetem suas bagagens à esteira do raio X (*United States v. Hartwell*, 436 F. 3d 174 (2006)). Igualmente, há decisão que não admitiu a revogação de consentimento no caso de visitante a estabelecimento prisional (*United States v. Spriggs*, 827 F. Supp. 372 (1993)).

que “possua autoridade comum ou outra relação suficiente com o estabelecimento ou objeto que será averiguado”.⁶³ No entanto, se dois os mais ocupantes estiverem fisicamente presentes, prevalece a vontade daquele que se opõe à realização das buscas.⁶⁴

A segunda hipótese é a da “teoria da visão aparente” (“*plain view doctrine*”). Ela tem lugar quando agentes já estão munidos de mandados judiciais, ou mesmo realizam alguma busca legal que independe de mandado e, *no curso dessa diligência*, visualizam algo aparentemente ilícito, que esteja à mostra.⁶⁵ Não há possibilidade de utilização dessa teoria sem que tenha havido uma conduta que inicialmente atendesse às exigências da 4ª emenda.⁶⁶ Apesar do que o nome aparentemente sugere, não é necessário que o objeto seja visto pelos agentes, sendo suficiente, por exemplo, que seja por ele sentido, tateado.⁶⁷ Além disso, para todos os casos deve estar presente a *causa provável* de que o objeto a ser apreendido seja ilícito, instrumento ou prova de crime.⁶⁸ Todavia, não há necessidade de que o produto tenha sido inadvertidamente descoberto, bastando que esteja dentro do escopo permitido pelas buscas.⁶⁹ Por exemplo, policiais obtêm mandado de busca domiciliar para a apreensão de bens que possam ser produto de furto. Ao ingressarem à residência, visualizam entorpecentes sobre a mesa. A teoria do *plain view* confere licitude a essa apreensão.

Por fim, de acordo com a “teoria da visão aberta” (“*open view doctrine*”), pode haver a busca e apreensão independentemente de mandado ou de buscas prévias autorizadas pela 4ª emenda, quando agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoo de céu aberto etc.).⁷⁰ Seu fundamento reside na premissa de que a proteção da 4ª emenda não obriga que agentes públicos tapem seus olhos diante do cometimento de infrações.⁷¹ De fato, no julgamento de *California v. Ciraolo*, a Suprema Corte arrazou que:

⁶³ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

⁶⁴ *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006).

⁶⁵ HUBBART, Phillip A. Op. cit., p. 219.

⁶⁶ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

⁶⁷ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 356 (1993).

⁶⁸ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

⁶⁹ *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

⁷⁰ HUBBART, Phillip A. Op. cit., p. 155-6.

⁷¹ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

A proteção da Quarta Emenda à casa nunca se estendeu ao ponto de exigir que agentes protejam seus olhos ao passarem por ela em via pública. Nem mesmo o simples fato de um indivíduo tomar medidas para restringir a observação de suas atividades impede que um agente observe sua conduta de um lugar estratégico de acesso ao público, no qual ele tem direito de estar.⁷²

A teoria da *open view* já foi aplicada para reconhecer a legalidade de apreensão de drogas de dentro de um veículo estacionado, quando o policial visualizou o produto quando se encontrava em via pública;⁷³ também para cancelar a apreensão de produto contrabandeado visto em um navio por um oficial da guarda costeira que se encontrava em outro navio.⁷⁴

Eis, em linhas gerais, as hipóteses de dispensa de mandados judiciais para a realização de buscas e apreensões nos EUA, mesmo diante da expectativa razoável de privacidade.

3. Buscas domiciliares sem mandado e a posição do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616

O caso apreciado pelo STF relacionava-se à apreensão de drogas na residência do recorrente, após as 19h, sem que a diligência tivesse sido lastreada em mandado judicial. Argumentou-se ofensa ao art. 5º, incisos LVI e XI, da Constituição. O Min. Gilmar Mendes, relator do caso, reconheceu sua repercussão geral, entendendo que a questão transcendia o direito subjetivo do recorrente.⁷⁵

Ao apreciar o tema, o Tribunal Pleno, por maioria de votos (venceu o Min. Marco Aurélio), houve por bem firmar a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente

⁷² 476 U.S. 207, 210 (1986).

⁷³ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

⁷⁴ *United States v. Lee*, 274 U.S. 559 (1927).

⁷⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615342>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Na hipótese levada a julgamento, policiais militares teriam flagrado um dos acusados transportar drogas, ocasião em que este lhes informou quem seria a pessoa que lhe teria fornecido o entorpecente, que estava em sua residência. A par dessa informação, os policiais se deslocaram à casa do indivíduo delatado e apreenderam mais de 8,542 kg de cocaína no interior de um veículo estacionado no local.⁷⁶

Assim como o Tribunal de origem, o STF reconheceu a licitude da diligência policial, apontando que: (1) o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência; (2) o fato de terceira pessoa indicar a casa em que estavam as drogas, no caso, foi suficiente para o reconhecimento da existência de *fundadas razões* da invasão domiciliar sem mandado judicial.

Ora, de modo geral, a Constituição admite que exista a invasão domiciliar, sem mandado judicial, no caso de flagrante delito. É óbvio que se alguém estiver passando defronte a uma residência, ouvir gritos de horror e verificar que o esposo está prestes a matar sua mulher, pode invadir a residência e intervir. No entanto, de acordo com o entendimento firmado pelo STF, não há a necessidade de os agentes *visualizarem* a conduta aparentemente criminoso para que possam agir, bastando que atuem amparados por *fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori* acerca da situação de flagrante delito. De maneira implícita, portanto, diferentemente da corrente adotada pela Suprema Corte dos EUA, de acordo com o STF, dispensa-se *open view* para as buscas domiciliares sem mandado judicial, bastando que exista, por exemplo, delação fidedigna.

⁷⁶ TJRO, Ap. 101.501.2007.004483-5, 1ª Câ. Especial, rel. Des. Eurico Montenegro, m.v., j. em 1.10.2008 (disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalleProcesso.jsp>>, acesso em: 12 jan. 2016).

4. Necessidade de densificação de parâmetros diante do conflito entre liberdade individual e persecução penal. O papel do STF como corte suprema de unificação do Direito

A segurança pública, exercida *para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*, nos termos do art. 144 da Constituição, é valor caro ao nosso sistema jurídico, sendo assegurada como direito social (art. 6º, Constituição) e compreendida pelo preâmbulo, inclusive.⁷⁷ Com isso, adquire relevo a importantíssima função desenvolvida em âmbito policial, tanto preventivamente, quanto de maneira repressiva, na apuração das infrações penais como instrumento de pacificação social e construção de uma sociedade *livre, justa e solidária* e promoção do *bem comum*, objetivos fundamentais de nossa república, nos termos do art. 3º, I e IV, da Constituição.

Por outro lado, a liberdade individual, que se concretiza, entre várias formas, na inviolabilidade domiciliar, é valor fundamental, como vimos, relacionando-se intimamente com a dignidade da pessoa humana, verdadeira “referência estrutural para o constitucionalismo mundial.”⁷⁸

Com isto, é evidente a existência de uma tensão entre ambos os interesses quando das invasões domiciliares: por um lado, existe a necessidade de inibição de práticas criminosas, dever imposto aos agentes estatais de repressão penal e faculdade conferida aos particulares, inclusive, dada à importância de contenção de práticas criminosas; por outro, a garantia da inviolabilidade domiciliar, um dos valores básicos a todo o ordenamento jurídico que deposite no ser humano a sua centralidade.

É certo que aludida tensão é sensivelmente atenuada, ou mesmo eliminada, quando existe consentimento do morador quanto às buscas a serem realizadas, porque, se existir concordância, sequer há se cogitar de *fundada suspeita*, na medida em que o morador renunciou, ao menos para aquele momento, à garantia que lhe fora constitucionalmente reconhecida. Observamos, contudo, que o consentimento deve ser real, efetivo, despido de vícios de consentimento⁷⁹ e revogável.

⁷⁷ O preâmbulo, a despeito de não possuir força normativa, não é juridicamente irrelevante, por ser elemento valioso de interpretação e integração dos dispositivos constitucionais. Nesse sentido já decidiu o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.076/AC, Min. Carlos Velloso, j. em 15.8.2002 (Informativo STF 277).

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi apud Flavia Piovesan. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012. p. 71.

⁷⁹ PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 134.

Talvez, seria adequada, no Brasil, uma alteração no CPP, passando-se a exigir, por exemplo, um termo de declaração do morador de que consente com as buscas domiciliares.

O conflito entre os valores constitucionais é também reduzido nas hipóteses de buscas e apreensões lastreadas em mandados judiciais, porque o juiz, *a priori*, deverá ponderar a existência de fundadas razões para as diligências pretendidas, além de detalhar, o *mais precisamente possível*, o local das buscas, observando-se, ainda, que o cumprimento somente poderá ocorrer durante o dia.⁸⁰

Creemos que a tensão se afigura mais latente quando a inviolabilidade domiciliar é devassada por agentes estatais, despidos de ordem judicial, diante da possibilidade de que, dentro da casa, alguém esteja praticando um crime ou tenha acabado de cometê-lo. Dizer que o crime de tráfico de drogas é delito de natureza permanente, que se protraí no tempo, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência, não justifica, por si só, o ingresso forçado a residências de maneira indiscriminada, ao alvedrio dos agentes policiais.⁸¹ A celeuma fica por conta dos pressupostos de fato para que agentes estatais formem sua convicção acerca do estado de flagrância. Com a devida vênia, a tese de jurisprudência firmada pelo STF não orienta adequadamente a apreciação de casos futuros, já que “*fundadas razões*” é expressão polissêmica e, na prática, encerrará noção meramente retórica, incapaz de inibir práticas estatais potencialmente abusivas.⁸²

Com efeito, não colocamos em xeque a atuação da polícia que, em sua grande maioria, conta com integrantes responsáveis e conhecedores de que o poder que exercem, apesar de índole discricionária,

⁸⁰ Arts. 240 e 243, CPP.

⁸¹ Enfatadamente, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “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 da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio” (TJ-RS, Ap 0105880-83.2014.8.21.7000, 3ª Câmara Criminal, relator desembargador Jayme Weingartner Neto, DJ 08.08.2014).

⁸² Com propriedade pontuou Ingo Wolfgang Sarlet que “*importa* densificar critérios que devem reger a atividade policial (certamente submetida à proporcionalidade e num primeiro momento postos pelo legislador) e no sentido de objetivar o controle judicial, idealmente prévio, às vezes a posteriori, de atuação do Estado-Polícia, sobrecarregado, em nossa sensibilidade, entre deveres de atuação e prevenção na segurança pública, de um lado; e de produção de provas hábeis a instruir a persecução penal, por outro, já que é inteiramente legítima e decorre de um dever geral de proteção a persecução penal dos delinquentes no interesse da comunidade, sempre, contudo, mediante o respeito às “regras do jogo” prescritas pela CF.” (SARLET, Ingo W. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 13 jan. 2016.).

somente se justifica se exercido nos limites da lei.⁸³ A necessidade de serem densificados os parâmetros que autorizam buscas domiciliares sem mandado judicial decorre da segurança jurídica, ferramenta importantíssima para a coesão de nosso Estado de Direito, justamente, porque, entre as várias utilidades em nosso sistema, ela funciona como freio a arbitrariedades.⁸⁴

Ora, se o art. 240, parágrafo 1º, CPP, autoriza a busca domiciliar quando estiverem presentes *fundadas razões* para a diligência pretendida⁸⁵, cabia ao STF, ao fixar a tese de repercussão geral, estabelecer o conteúdo e os limites dessa expressão aberta, deixando simplesmente de repetir a expressão já utilizada pela lei, medida que se revela inócua, diante de seu alto grau de abstração, para orientar futuras decisões acerca da correta compreensão dessa norma.

Pior do que inócua, ela possui a aptidão de praticamente tornar inaplicável o art. 157 do CPP, no que diz respeito à inadmissibilidade no processo de provas ilícitas, porque apreendidas em buscas domiciliares sem mandado judicial. Pensemos no caso do agente estatal que, apenas por ouvir dizer que certa pessoa promove o tráfico de drogas em sua residência, acaba ingressando de maneira forçada nessa casa e, efetivamente, encontra a droga. O ato da apreensão, por si só, poderá legitimar a suspeita inicial, porque se poderá pensar: “*ora, a razão era tão fundada que, de fato, a droga acabou por ser encontrada; logo, a prova é lícita.*” Portanto, os fins poderão acabar por justificar os meios, numa lógica maquiavélica, se o requisito bastante for o de *fundadas razões*.

Com isso, temos que a tese fixada pelo STF poderia ter sido mais analítica, à semelhança das detalhadas decisões tomadas rotineiramente

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello bem lembra que não existe poder absolutamente discricionário no Estado de Direito, mas, sim, atos praticados pela Administração Pública que manifestam competência discricionária, porção de liberdade conferida ao administrador para que verifique a medida mais conveniente e oportuna ao interesse público (*Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 723).

⁸⁴ “A proibição de arbitrariedade [...] funciona como fator de calculabilidade do Direito, pois, ainda que não capacite o cidadão a prever exatamente o conteúdo futuro do Direito, pelo menos demarca, negativamente, os limites da sua configuração, já que afasta qualquer tipo de regulação futura desprovida de justificação [...]. Sabendo que o Direito de amanhã, além de não poder, brusca nem injustificadamente, se afastar do Direito de hoje, não poderá ser arbitrário – no sentido de meramente caprichoso, sem respaldo em razões objetivas e motivadas –, o cidadão tem maiores condições de livre e autonomamente plasmar o seu futuro.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640).

⁸⁵ Art. 240, par. 1º: “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para [...]”. (destaque nosso).

te pela Suprema Corte dos EUA, afeiçoadas ao sistema de precedentes obrigatórios (*stare decisis*)⁸⁶, cujas questões principais (*holdings*) são de observância obrigatória pelos demais juízos e tribunais (*binding authority precedents*). Também no Brasil, o papel do STF deve ser moderadamente compreendido como Corte Suprema de promoção da unidade do Direito (em especial, questões de Direito Constitucional), mediante a formação de precedentes.⁸⁷ Ao desempenhar essa atividade, deverá cuidar para não fixar diretrizes demasiadamente fluidas, típicas das leis. Pelo contrário, seu escopo deve ser preencher esses *vácuos legislativos*, para que as futuras decisões judiciais sobre o tema sejam mais previsíveis, inibindo-se um sem-número de interpretações indesejadas, principalmente diante do quadro atual de nosso sistema, que se convencionou denominar *neoconstitucionalismo*, marcado não somente pela constitucionalização do Direito e protagonismo do Judiciário, mas também pela normatização dos princípios e abertura de regras, pela presença de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.⁸⁸

Nessa ótica, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), com aplicação subsidiária no processo penal, no que couber, elenca várias ferramentas para que os tribunais cumpram seu dever de uniformização da jurisprudência, de modo a mantê-la *estável, íntegra e coerente*, tais como a ênfase que recai sobre a edição de súmulas, a inédita do incidente de assunção de competência e as consequências dos julgamentos de casos repetitivos (por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos). Em todos os casos, haverá a produção de efeitos *vinculantes* aos demais órgãos jurisdicionais que lhes são correlatos.⁸⁹

⁸⁶ “*Stare decisis* é o instituto que demanda que as cortes subordinadas à corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não ‘perturbem o ponto estabelecido’.” Tradução livre. No original: “*Stare decisis* is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not ‘disturb a settled point’.” (COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008. p. 14).

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

⁸⁸ Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz o preenchimento dos claros normativos com os valores que permeiam o caso. (NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444, p. 407-409.).

⁸⁹ Observar os artigos 926, 927, 928, 947, 1.050 e 1.053, todos do NCPC.

Desse modo, para que a jurisprudência seja minimamente uniformizada, dever instrumental para que alcancemos relativa segurança jurídica, impõe-se que os tribunais, e o STF, em especial no que tange a questões constitucionais, densifiquem os parâmetros que vierem a estabelecer. Na hipótese das buscas domiciliares sem mandado, seria de bom alvitre que o STF explicitasse o que se deve entender por *fundadas razões*, empregando, por exemplo, as doutrinas norte-americanas do *open view*. Hipoteticamente, poderia ter dito que somente se autorizaria o ingresso forçado em domicílio quando os agentes observassem atos de efetivo comércio, tal como o habitante do imóvel entregar drogas para suposto comprador. O mesmo raciocínio poderia ter sido explicitado quando agentes sentissem cheiro de maconha (*plain smell*) ou ouvissem supostas tratativas relativamente a venda de drogas (*plain hearing*). Assim fazendo, o STF, em nosso sentir, teria bem equacionado a evidente tensão entre os valores em jogo, fixando diretrizes mais seguras para a atuação policial, num primeiro plano, e o controle jurisdicional *a posteriori*.

5. Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo analisar a tese fixada pelo STF no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que admitiu a possibilidade de haver buscas domiciliares despidas de mandado judicial competente. Apontamos que a tese, efetivamente, ficou aquém do que se espera de sua função de Corte Suprema de unificação do Direito.

Na hipótese, procuramos tecer algumas considerações acerca da prova e sua ilicitude no processo penal nos EUA, já que a Suprema Corte daquele país passou a moldar, ao longo de várias decisões, de maneira analítica, como já é seu estilo ocasionado pelo sistema do *stare decisis*, as situações em que se configura a ilicitude na colheita das provas; a solidificação da regra que impede a utilização de provas ilícitas no processo penal, com suas exceções pontuais; e as teorias que admitem a realização de buscas sem mandado judicial, ainda que exista a expectativa de privacidade.

Ao fixar a tese, o STF poderia ter explicitado com mais concretude as circunstâncias em que se fazem presentes as *fundadas razões* para que agentes policiais adentrem uma residência sem mandado judicial, encampando, por exemplo, a teoria do *open view*, como possível solução ao conflito patente entre a liberdade individual e a persecução penal.

O quadro é um indicativo de que, no Brasil, carecemos de um sistema de precedentes necessariamente sólido para preencher a fluidez das disposições normativas e projetar-se ao futuro, norteando as decisões de casos idênticos ou semelhantes. O NCPD tem a intenção de alterar essa realidade, porque prevê mecanismos para se chegar à pretendida uniformização jurisprudencial. Se bem utilizado, o Brasil dará passos largos em direção à necessária segurança jurídica.

Referências bibliográficas

AMAR, Ahhil Reed. Fourth Amendment first principles. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures – its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. (Bill of Rights Series).

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRADLEY, Gerard V. The constitutional theory of the Fourth Amendment. Scholarly Works, Paper 773, 1989. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/773>.

CALABRESI, Guido. *The exclusionary rule*. In: LEE, Cynthia (Ed.). *The fourth amendment: searches and seizures – its constitutional history and contemporary debate*. Amherst: Prometheus Books, 2011. (Bill of Rights Series).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

FRAENKEL, Osmond K. Concerning searches and seizures. *Harv. L.Rev.*, v. 34, p. 361, p. 362-63, 1920

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M; FERNANDES, Antônio S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HUBBART, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a Fourth Amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Commentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012.

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

SARLET, Ingo W. *Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>.