

PEDRO CAMPANHOLO MARQUES

BUSCA E APREENSÃO: JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFESSORA DRA. MARIA THEREZA ROCHA DE
ASSIS MOURA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2017

Pedro Campanholo Marques

Busca e Apreensão: juízo de admissibilidade

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação da Professora Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

MARQUES, Pedro Campanholo.

Busca e Apreensão: juízo de admissibilidade / Pedro Campanholo Marques – São Paulo, 2017.

Total de Páginas: 273.

Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017.

Orientadora: Professora Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Título em inglês: *Search and Seizure: admissibility judgment.*

1. Prova Processual Penal. 2. Busca e Apreensão. 3. *Standards* probatórios.
I. Título.

Banca examinadora

Data da Defesa: __/__/____

Aos meus pais, Pedro e Lucineia, e à minha irmã, Carolina, pelo apoio incondicional que sempre me foi dado.

Aos familiares, amigos e amigas que em mim acreditaram ao longo dos anos de pesquisa.

À minha orientadora, Professora Maria Thereza Moura, sempre solícita e que de pronto esclareceu minhas dúvidas, bem como precisa nos apontamentos necessários à melhoria deste trabalho.

Aos docentes da FDUSP responsáveis pela minha formação acadêmica, em especial ao Professor Maurício Zanoide, com quem tive as primeiras lições de Direito Processual Penal durante a graduação, e aos Professores Gustavo Badaró e Marta Saad, cujas obras e matérias ministradas durante o curso de Pós-Graduação foram determinantes para o aprimoramento desta dissertação.

A Deus, fonte de força e paz em todos os momentos.

Resumo

MARQUES, Pedro Campanholo. *Busca e Apreensão: juízo de admissibilidade*. 2017. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, 273 p.

O foco desta dissertação foi o desenvolvimento de uma abordagem mais objetiva dos critérios de decisão estipulados pela lei processual penal como sendo necessários para a autorização das buscas. Para tanto, a pesquisa se pautou fundamentalmente nos estudos da regra da proporcionalidade, dos *standards* probatórios e de uma valoração racional norteada por esquemas lógico-indutivos. Dessa forma, o trabalho tem início com o estudo da tutela constitucional da busca e da apreensão, dando-se o devido destaque à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo por meio da aplicação da regra da proporcionalidade. Tratamos de expor, no capítulo seguinte, o conceito de juízo de admissibilidade, sua natureza jurídica, a necessária motivação da decisão que autoriza medidas restritivas de direitos fundamentais e a relações entre o juízo de admissibilidade e o direito à prova, e, ainda, daquele com a valoração da prova. Neste ponto, aprofundamos os conceitos e debates acerca dos *standards* probatórios e o raciocínio baseado na probabilidade indutiva. Ponto central do presente trabalho, o juízo de admissibilidade da busca foi abordado na sequência, em suas duas modalidades, tomando-se por referência a regra que exige a prévia expedição do mandado judicial. Destacamos a incidência da regra da especialidade da prova impossibilitando a admissão dos mandados genéricos, o desenvolvimento dos critérios das fundadas razões e das fundadas suspeitas (procurando torná-los menos subjetivos), além dos problemas referentes à denúncia anônima e ao engessamento das medidas pelo CPP diante do desenvolvimento de novas tecnologias. No âmbito das buscas realizadas sem mandado, maiores problemas foram enfrentados com as interpretações demasiadamente amplas dadas às exceções constitucionais da inviolabilidade do domicílio, com o alto subjetivismo decisório dos agentes de persecução penal quando da realização das buscas pessoais e com a necessidade de se estabelecer um critério mais exigente para a autorização da busca pessoal sem mandado. Por fim, encerramos com a abordagem do juízo de admissibilidade da

apreensão, dividindo-se o estudo em dois blocos: a apreensão sem prévia busca; e a apreensão operada após a realização anterior de uma busca; uma vez que a ocorrência desta restringe o âmbito de admissibilidade do que possa ser apreendido). O debate ganhou maior desenvolvimento na problemática questão dos encontros fortuitos de elementos de prova.

Palavras-chave: *processo penal; busca e apreensão; juízo de admissibilidade; proporcionalidade; standards probatórios; probabilidade indutiva; fundadas razões; fundadas suspeitas.*

Acrônimos textuais utilizados:

e.g. = *exempli gratia* (graças ao exemplo)

g.n. = grifo nosso

g.a. = grifo do autor

t.l. = tradução livre

v.g. = *verbi gratia* (pela graça da palavra)

Abstract

MARQUES, Pedro Campanholo. *Search and Seizure: admissibility judgment*. 2017. Master's Degree Dissertation – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017, 273 p.

The focus of this dissertation was the development of a more objective approach of the decision standards stipulated by the criminal procedural law as being necessary to authorize the searches. Therefore, the research was fundamentally based on the studies of the rule of proportionality, of the evidential standards and of a rational valuation guided by logical-inductive schemes. Thus, this work began with the study of the constitutional protection of search and seizure, giving due emphasis to the protection of the fundamental rights of the individual through the application of the rule of proportionality. On the following chapter, we sought to expose the concept of admissibility judgment, its legal nature, the necessary motivation of the decision authorizing measures restricting fundamental rights and the conceptions between the admissibility judgment and the right to proof and, still, with the valuation of evidence. In this point, we deepen the concepts and debates about the evidential standards and the reasoning based on inductive probability. The main point of the present study, the searches' admissibility judgment was next dealt with, in its two species, taking as reference the rule that imposes the previous expedition of a judicial warrant. We emphasize the incidence of the rule of specialty of evidence making inadmissible the expedition of general warrants, the development of the "founded reasons" and "founded suspicions" standards (aiming to make them less subjective), and the problems regarding the anonymous report and the plastering of the measures by the Criminal Procedure Code against the development of new technologies. When dealing with searches without a warrant, greater problems were faced with the too broad interpretations given to the constitutional exceptions of the home inviolability, with the high decision-making subjectivity of the criminal prosecution officers when carrying out the search of an individual and with the absolute need of establishing a more demanding standard to authorize the warrantless personal search. Finally, we ended this dissertation with the seizure's admissibility judgment and its study was divided in two blocks: the seizure without prior search; and the seizure operated after the previous execution of a search (since the occurrence

of this one restricts the scope of admissibility of what can be seized). The debate was more developed in the problematic question of the casual findings of evidence elements.

Keywords: *criminal procedure; search and seizure; admissibility judgment; proportionality; evidential standards; inductive probability; founded reasons; founded suspicions.*

Sumário

1. Introdução	14
2. Tutela Constitucional da Busca e da Apreensão	19
2.1. <i>Da proteção aos direitos fundamentais</i>	21
2.2. <i>Dos direitos e garantias fundamentais relacionados à busca e à apreensão</i>	38
2.2.1. Dignidade da pessoa humana.....	40
2.2.2. Incolumidade física e moral do indivíduo	43
2.2.3. Intimidade e vida privada	46
2.2.4. Inviolabilidade de domicílio	51
2.2.5. Vedação das provas ilícitas	57
3. Juízo de Admissibilidade: diferenciações, natureza jurídica e motivação	69
3.1. <i>Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: conceitos preliminares e diferenças</i> ...69	
3.2. <i>Natureza jurídica do juízo de admissibilidade</i>	70
3.3. <i>A motivação das decisões judiciais</i>	71
3.3.1. Motivação e justificação das decisões	77
3.3.2. Finalidades da motivação	79
3.3.3. Requisitos, vícios e artifícios da motivação	84

3.4. <i>Juízo de admissibilidade e o direito à prova</i>	92
3.5. <i>Juízo de admissibilidade probatória e juízo de valoração da prova</i>	97
3.5.1. <i>Standards</i> probatórios, probabilidade e valoração da prova	103
4. O Juízo de Admissibilidade da Busca	127
4.1. <i>Noções Introdutórias da Busca: conceito, natureza jurídica e objeto</i>	127
4.2. <i>Juízo de admissibilidade da busca domiciliar</i>	135
4.2.1. Com prévio mandado judicial	138
4.2.1.1. Definição precisa do local e do objeto	139
4.2.1.2. Fundamentação idônea da medida	151
4.2.1.2.1. Da denúncia anônima como elemento inidôneo para a composição das fundadas razões	161
4.2.1.3. Finalidade da medida e as hipóteses do artigo 240, § 1º do Código de Processo Penal	171
4.2.1.3.1. O rol do artigo 240, §1º, do CPP frente a evolução tecnológica: da tangibilidade do objeto buscado e da necessidade de ingresso físico dos agentes	176
4.2.2. Sem prévio mandado judicial	183
4.2.2.1. Previsões constitucionais	184
4.2.2.2. A inconstitucionalidade do artigo 241 do CPP	198
4.3. <i>Juízo de admissibilidade da busca pessoal</i>	202
4.3.1. Com prévio mandado judicial	203
4.3.1.1. Definição precisa do sujeito passivo	204
4.3.1.2. Fundamentação idônea da medida	206

4.3.1.3. Finalidade da medida	210
4.3.2. Sem prévio mandado judicial	211
5. Juízo de Admissibilidade da Apreensão	227
<i>5.1. Noções Introdutórias da Apreensão: conceito, natureza jurídica e objeto</i>	<i>227</i>
<i>5.2. Juízo de admissibilidade da apreensão sem prévia busca</i>	<i>230</i>
<i>5.3. Juízo de admissibilidade da apreensão precedida de busca</i>	<i>232</i>
5.3.1. Disciplina das descobertas fortuitas em ordens jurídicas estrangeiras	240
6. Considerações Finais	250
7. Bibliografia	255

1. Introdução.

Requisito parcial para a obtenção do grau de mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), esta dissertação foi orientada pela Professora Doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, tendo como tema *Busca e Apreensão: juízo de admissibilidade*.

O propósito deste trabalho é analisar o juízo de admissibilidade dos citados meios de obtenção de prova¹ sob uma perspectiva de valoração racional da prova e de redução de subjetividade decisória, com ênfase no desenvolvimento do estudo dos *standards* probatórios e do raciocínio lógico-indutivo. Não obstante, a incidência da regra da proporcionalidade, inafastável da execução de quaisquer medidas restritivas de direitos fundamentais, também mereceu o devido destaque, como abordaremos adiante.

É notável o crescente interesse pelo tema nos dias atuais, pois permanece grande indeterminação acerca dos conceitos das “fundadas razões” e das “fundadas suspeitas”, o que enseja decisões que não atribuem o devido rigor às condições estipuladas pela lei para que as medidas sejam autorizadas.

A situação é ainda mais problemática quando a busca (e subsequente apreensão) é efetuada sem a prévia expedição do mandado judicial. Nestes casos, o preenchimento dos requisitos constitucionais (no caso da busca domiciliar) ou legais (no caso da busca pessoal), no plano fático, na grande maioria dos casos é constatado por indivíduos cuja função é a prevenção e repressão de delitos, quais sejam, a autoridade ou o agente policial, e não por um magistrado imparcial. Dessa forma, este apenas virá a atuar após a restrição (ou violação) do direito fundamental, momento em que já podem ter sido produzidos efeitos irreversíveis ao imputado. E mais, a prática mostra que muitos magistrados apenas referendam a busca e eventual apreensão realizadas, sem uma devida análise das circunstâncias do caso concreto (em alguns cenários, *e.g.*, há a simples menção pelo policial de que o indivíduo se encontrava em “atitude suspeita”, sem qualquer outro tipo de detalhamento da conduta).

¹ Trata-se da categoria dentre as quais entendemos estarem inseridas a busca e a apreensão, muito embora saibamos da intensa divergência doutrinária acerca de suas respectivas naturezas jurídicas, como abordado nos itens 4.1 e 5.1.

Nota-se a relevância do tema em comento a justificar o seu estudo crítico, pois, além de reforçar direitos fundamentais do imputado, trata da necessidade de um maior preparo dos órgãos de persecução criminal e, ainda, objetiva um melhor controle do raciocínio decisório do juiz.

Cabe lembrar que o juízo de admissibilidade de uma busca com mandado passa não apenas pela aferição das “fundadas razões” ou “fundadas suspeitas”, que compõem o motivo da medida, mas também exige respeito a todos os requisitos previstos no artigo 243 do Código de Processo Penal. Revela-se, portanto, inadmissível a autorização de uma busca sem a indicação precisa da casa em que será realizada e/ou a pessoa que terá de sofrê-la, a depender da modalidade de busca (domiciliar ou pessoal). Do mesmo modo, devem estar expressamente consignados os fins da medida autorizada, a despeito do engessamento trazido pelo CPP ao restringir a busca às duas modalidades mencionadas, as quais, como abordaremos adiante, não englobam propriamente muitas situações que surgiram com o desenvolvimento da tecnologia do ano de 1941 até os dias atuais, seja quanto à forma de investigação, seja quanto ao objeto buscado.

Para a devida exposição do tema a ser debatido, o trabalho foi, então, dividido em quatro capítulos.

O trabalho tem início com o capítulo intitulado *Tutela Constitucional*, foi dedicado à inserção da legislação processual penal na ordem jurídica e sua conformidade com a Constituição Federal de 1988. Uma vez que busca e apreensão são medidas restritivas de direitos fundamentais, coube, num primeiro momento, tratar dos mecanismos de proteção desses direitos, de modo a se diferenciar situações em que pode haver uma restrição legítima daquelas em que se verificam violações, com destaque para o estudo da regra da proporcionalidade.

Dado o amplo leque constitucional do artigo 5º, que consagra os direitos fundamentais do indivíduo, optamos por, na sequência, atermo-nos aos direitos que mais frequentemente entram em conflito com a necessidade de persecução penal estatal e seus meios de obtenção de prova, notadamente a busca e a apreensão. Uma vez que o referido artigo também prevê garantias fundamentais ao indivíduo, o capítulo referente à *Tutela Constitucional* foi encerrado tratando de garantias previstas no artigo 5º da Carta Magna que sejam sensíveis ao tema escolhido: a inviolabilidade domiciliar e a vedação das provas ilícitas.

No capítulo seguinte, denominado *Juízo de Admissibilidade: diferenciações, natureza jurídica e motivação*, foi apresentado o conceito de juízo de admissibilidade, o qual comumente vem associado pelos autores que tratam do tema à sua diferenciação com o juízo de mérito. Apresentadas as noções elementares, ao tratarmos da natureza jurídica do juízo de admissibilidade, coube situa-la no plano da validade.

Como o próprio nome que lhe é atribuído, a admissibilidade das medidas requeridas ou já efetuadas se manifesta através de um juízo do magistrado. E juízo que é, consubstancia-se por meio de uma decisão proferida pelo órgão julgador, a qual, a despeito de posições em sentido contrário, também deverá ser motivada e, por meio do conteúdo expresso na fundamentação, será exposta a valoração dos elementos de prova presentes. Dessa forma, necessário que se reservasse um item no capítulo em análise para o tratamento da motivação das decisões e suas nuances.

A motivação do juízo de admissibilidade se relaciona em vários aspectos com o direito à prova e o juízo de valoração da prova. No estudo para a elaboração deste, operações de raciocínio diversas foram pesquisadas, podendo-se notar uma tendência dos estudiosos do tema em apresentar meios de se reduzir a subjetividade judiciária, e, conseqüentemente, procurar a elaboração de critérios para decisões mais objetivas e passíveis de controle social, político e judiciário.

Essa procura pela elaboração de decisões mais objetivas não se destina apenas às sentenças e aos acórdãos, mas também às decisões interlocutórias, notadamente quando restritivas de direitos fundamentais. Sua necessidade de controle e redução da subjetividade é latente, até porque são decisões comumente proferidas em um nível de cognição sumário, em alguns casos sem um aprofundamento adequado das razões de decidir. Não obstante, são decisões que entram em conflito com direitos caros ao indivíduo e que são constitucionalmente protegidos, como sua dignidade, incolumidade física e moral, intimidade, honra e propriedade.

No caso da busca, como já mencionado, seu juízo de admissibilidade positivo em regra passa, dentre outros fatores, pela prévia constatação de “fundadas suspeitas” ou “fundadas razões”, expressões de significados ainda bastante discutidos e que dificultam o controle sobre o raciocínio decisório a seu respeito. Ressalte-se que a busca (e eventual subsequente apreensão) costuma se operar em um momento pré-processual, ainda afastado de um contraditório efetivo e, em situações supostamente excepcionais, pode ser realizada

antes de qualquer apreciação judicial. Destarte, os últimos itens do capítulo em análise se dedicaram ao estudo de métodos racionais para a elaboração da fundamentação judicial, com destaque para a abordagem dos critérios de decisão ou *standards* probatórios e em uma motivação fundada em operações de lógica-indutiva.

Segue a análise do *Juízo de Admissibilidade da Busca*, ponto central do presente trabalho. A fim de contextualizar o leitor, o primeiro item foi intitulado *Noções Introdutórias da Busca*, no qual são expostos brevemente a origem histórica e o conceito de busca, bem como sua controversa natureza jurídica, seu objeto e suas modalidades.

O item seguinte do capítulo acima trata do juízo de admissibilidade da primeira modalidade de busca, qual seja, o *Juízo de Admissibilidade da Busca Domiciliar*. Como a exigência do prévio mandado judicial é a regra, começamos a abordagem pelo juízo de admissibilidade da busca com mandado, padrão este seguido quando da abordagem da busca pessoal. Os pontos mais destacados foram os debates acerca dos mandados genéricos e a problemática motivação da busca, muito em decorrência da indeterminação conceitual da expressão “fundadas razões”. Ademais, ao desenvolvimento tecnológico dos meios de investigação e de armazenamento de informações frente ao rol do artigo 240, § 1º, do CPP, também foi atribuído item próprio. No tópico destinado à busca domiciliar sem mandado, tratamos das situações contempladas na Constituição Federal que afastam a garantia da inviolabilidade domiciliar, e do disposto no artigo 241 do Código de Processo Penal, sempre tendo em mente que se tratam de casos excepcionais.

Assim como ocorre na busca domiciliar, a regra é a exigência do prévio mandado na busca pessoal. Em *Juízo de Admissibilidade da Busca Pessoal* começamos, então, abordando os requisitos do mandado autorizador da medida, destacando-se os debates acerca da determinação prévia do sujeito passivo e do significado da “fundada suspeita” exigida. Na sequência, tratamos da controversa busca pessoal sem mandado, situação que, tecnicamente, é excepcional, mas que a prática revela ter se tornado a regra de atuação dos agentes públicos.

Por fim, o presente trabalho se encerra com o estudo dos aspectos mais problemáticos do *Juízo de Admissibilidade da Apreensão*. Para tanto, assim como feito com a análise da busca, iniciamos com um capítulo denominado *Noções Introdutórias da Apreensão*, em que há, inicialmente, uma exposição conceitual. Seguimos com o estudo da natureza jurídica da apreensão, a qual se revela ainda mais cambiante em âmbito doutrinário

que a natureza jurídica da busca. As noções introdutórias foram similarmente encerradas com um breve tratamento do objeto da apreensão.

O juízo de admissibilidade da apreensão ainda foi dividido em duas situações: apreensão sem prévia busca; e apreensão precedida de busca. Nesta, destacamos o debate acerca dos encontros fortuitos quando da realização da busca e a possibilidade de apreensão de tais elementos não consignados no mandado.

2. Tutela Constitucional.

A Constituição Federal é a organização jurídica fundamental de um Estado. Trata-se da primeira manifestação legal da política penal e processual penal, revelando-se o fundamento de validade de todas as demais normas de nossa ordem jurídica. Por este motivo, vigora no Brasil o princípio da supremacia ou prevalência constitucional, de modo que a legislação processual penal deve estar em conformidade com os preceitos da Carta Magna. Além de uma imposição à lei e à atuação do legislador, essa supremacia também estende seus efeitos à atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, assim como às Funções Essenciais à Justiça, moldando a atividade dos órgãos formuladores da política criminal e atuantes na persecução penal².

Partindo dessa premissa, entendemos que Direito Processual Penal deve ser lido à luz da Constituição, e não ao contrário. Consequentemente, o processo penal não pode ser transformado em uma ferramenta de segurança pública, de modo que sua instrumentalidade está pautada em garantir a máxima eficácia das garantias constitucionais. Fala-se em função constitucional do processo, revelando-se este como um mecanismo a serviço da realização do projeto democrático³.

² Como corretamente assevera Rogério Greco: “Essa Constituição, na verdade, deverá servir de norte a todos os poderes, que deverão respeitá-la a qualquer custo. Não poderá o legislador, outrossim, criar normas que a contrariem; tampouco o Poder Executivo poderá administrar contra a vontade do que está expressamente determinado pela Constituição; o Judiciário, a seu turno, deverá ser o guardião dessa Lei Maior, declarando, sempre, a prevalência de seus princípios, em detrimento de tudo aquilo que lhe for contrário” (*Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 23-24).

³ Nesse sentido: JÄGER, Christian. *Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003, pp. 112-113; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63. Lembra Nicolás Serrano que o processo não é um simples instrumento ao serviço de fins impostos por normas materiais, nem é apenas o interesse persecutório penal que justifica a restrição dos direitos dos particulares no Processo Penal, uma vez que a atuação dos órgãos estatais também deve ser dirigida à satisfação de outros interesses constitucionalmente protegidos, tais como a vida, a liberdade, a privacidade, etc. (El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de derecho público*, n. 38, 1998). De maneira semelhante, assevera Manuel Valente, uma vez que um Estado de Direito deve estar necessariamente atrelado a um Estado Democrático e, ainda, que os próprios princípios da democracia devem ter por substrato a dignidade da pessoa humana, a ordem jurídica deve ser norteadada e interpretada por uma sistemática jusconstitucional, que ostenta como dois pilares fundamentais a dignidade da pessoa humana e a vontade do povo (Os direitos e liberdades fundamentais como barreira “intransponível” na produção de prova penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015, pp. 125-126). Estes dois pilares, portanto, impõem uma hermenêutica jusconstitucional direcionada para encontrar a melhor interpretação possível conforme a Constituição no quadro jurídico-processual penal, campo por excelência de restrição de direitos e liberdades fundamentais (Idem, p. 126). No mesmo sentido: KAMISAR, Yale. *The Writings of John Barker Waite and Thomas Davies on the Search and Seizure Exclusionary Rule*. Michigan Law Review, Vol. 100, n. 7, 2002, pp. 1825-1826.

Assim, não basta haver processo, ou a mera legalidade, necessitando-se que aquele esteja conforme as regras constitucionais do devido processo legal, tanto em sua dimensão formal como substancial⁴. Para que isto ocorra, a aplicação da lei processual penal deve ser encarada, na esteira do exposto, como um instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal prevê. Outrossim, estes institutos devem receber a devida proteção pela lei e pelos aplicadores do Direito.

Consequência do respeito ao devido processo legal é a necessidade de a investigação e a luta contra a criminalidade serem conduzidas de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. A dignidade e a moralidade do instrumento utilizado, como ensina Ada Pellegrini Grinover, “constituem, *de per se*, um valor e colocam-se, conseqüentemente, como limite à atividade estatal. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável”⁵.

Michele Taruffo ainda lembra que, com a regência da presunção de inocência sobre o Direito Processual Penal (em nossa ordem jurídica, prevista expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), almeja-se não apenas que o ônus probatório recaia sobre a acusação, mas também que esse ônus seja particularmente difícil de se satisfazer. Para o autor, o Processo Penal não está particularmente interessado na redução ou eliminação dos erros decisórios em geral, mas sim em distribuir os erros de tal forma que favoreçam sistematicamente a posição do imputado: “com efeito, considera-se tolerável o erro

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 63. Explica Gustavo Badaró que a dimensão formal do devido processo legal está relacionada à sua face processual, revelando-se o que o autor chama de um *princípio síntese*. No julgamento do HC 96.905/RJ, o Supremo Tribunal Federal elencou uma série de prerrogativas necessárias para que um processo seja considerado devido, incluindo o direito à prova, o princípio do juiz natural, a presunção de inocência, o julgamento público e célere, a garantia do contraditório, dentre outros. Já sua dimensão substancial, também denominada *devido processo legal substantivo*, assegura que as leis sejam razoáveis, além de se exigir a racionalidade dos atos estatais (*Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 39). No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015, p. 62.

⁵ *Provas ilícitas, Interceptações e Escutas*. 1ª ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 84. E conclui a autora: “Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo” (Idem). No mesmo sentido: JÄGER, Chirstian. *Problemas Fundamentales...*, p. 114; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 93. Cite-se também a passagem de *Boyd v. United States*, em que, referindo-se à entrada ilegal de agentes públicos em domicílio alheio, decidiu a Suprema Corte norte-americana que: “Pode ser que essa seja uma ofensa em sua forma mais branda e menos repulsiva; mas práticas ilegítimas e inconstitucionais dão seus primeiros passos dessa forma, isto é, em abordagens silenciosas e por pequenos desvios dos procedimentos legais” (*t.l.*) (*Boyd v. United States* (1886), 116 U.S. 616, p. 635).

consistente em absolver um imputado que é culpado, mesmo que isso seja frequente (...), enquanto não se considera tolerável o erro consistente em condenar um imputado que é inocente” (*t.l.*)⁶.

Esse interesse, pensamos, reflete-se não apenas na prolação do decreto condenatório, mas em toda a persecução penal, notadamente quando da adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais do imputado⁷.

2.1. Da proteção aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais englobam um amplo leque de situações, envolvendo o indivíduo, sua relação com o Poder Público, com outros indivíduos e com o meio que o cerca. Constituem um núcleo legitimador e regulador do demais direitos, o qual não pode ser suprimido pelo Estado, expressando os valores fundantes e essenciais para o desenvolvimento de determinada sociedade⁸.

Dessa forma, para que seja elaborada uma pesquisa e apresentado um trabalho tratando de medidas restritivas de direitos tão importantes, caso da busca e da apreensão, é imperativa a prévia abordagem do seu conteúdo, seu âmbito de proteção, e eventuais restrições legítimas, sempre atentando para os pontos sensíveis à temática desta dissertação.

À semelhança do ocorrido na evolução dos Direitos Humanos, nossa ordem jurídica prevê direitos fundamentais individuais (ligados à liberdade e aos Direitos Humanos

⁶ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no estándar”. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. San Juan de Alicante, 2005, p. 117. No mesmo sentido: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os direitos e liberdades fundamentais..., p. 148; PRADO, Geraldo. *Presunción de Inocencia en el Derecho Procesal Penal*, pp. 4-5. Disponível em: https://www.academia.edu/29250873/Presunci%C3%B3n_de_Inocencia_en_el_Derecho_Procesal_Penal_de_las_pr%C3%A1cticas_sociales_a_las_pr%C3%A1cticas_sociales_reguladas_por_la_Constituci%C3%B3n_por_tratados_y_leyes.

⁷ Para maiores detalhes, v. item 2.2.3, em que abordadas as noções de presunção de inocência como norma de tratamento e como norma de juízo.

⁸ Lembra Antonio Magalhães Gomes Filho que a própria denominação “fundamentais”, além de sublinhar a importância decisiva de tais direitos, também evoca duas outras qualidades que lhes são inerentes: numa perspectiva positivista, são direitos que dão fundamento ao sistema jurídico, enquanto que, para os jusnaturalistas, constituem direitos que não exigem fundamento, pois sua validade é “autoevidente”, ou seja, antecedente e independente da ordem jurídica positiva (*A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78).

de Primeira Dimensão), direitos fundamentais sociais (ligados à igualdade e aos Direitos Humanos de Segunda Dimensão) e direitos fundamentais difusos (ligados à fraternidade e aos Direitos Humanos de Terceira Dimensão)⁹. Para o propósito do presente trabalho, nossa abordagem se aterá à proteção dos direitos e garantias individuais.

Como dito, tais direitos são correlatos ao direito de liberdade e, conseqüentemente, à defesa do cidadão contra o poder estatal (as chamadas liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Carta* assinada por João Sem-Terra, antigo rei da Inglaterra, em 1215. Embora o poder do Estado tenha sido a ele delegado pelo povo, ele não é absoluto, conhecendo várias limitações¹⁰.

Quanto à função cumprida por esses direitos, explica José Joaquim Gomes Canotilho que eles se revelam direitos de defesa dos cidadãos, abordando-os sob uma dupla perspectiva: “(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”¹¹.

Com premissas semelhantes, Ingo Sarlet trata das chamadas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são encarados a partir de uma posição jurídica subjetiva, porque eles conferem ao titular uma pretensão a um determinado comportamento (negativo ou positivo) do destinatário. Essa dimensão também abrange a competência para modificar situações ou posições jurídicas. Na

⁹ Segundo Maurício Zanoide de Moraes, os direitos fundamentais podem ser considerados como a incorporação legislativa interna dos direitos humanos, aos quais devem ser reconhecidas as características da universalidade, da irrevogabilidade, da complementaridade e da interdependência. Para maiores detalhes, v. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 205-211. Ademais, não olvidamos da discussão doutrinária acerca dos Direitos Humanos de Quarta e Quinta Dimensão (comumente relacionados à engenharia genética e à paz), mas tal problemática foge ao tema deste trabalho.

¹⁰ Como ensina Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (*Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 563-564).

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 541. No mesmo sentido, ensina Aury Lopes Júnior: “Os direitos fundamentais configuram vínculos negativos, gerados pelos *direitos de liberdade*, que nenhuma maioria pode violar; e os vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. Os direitos fundamentais são garantidos para todos e estão fora do campo da disponibilidade do mercado e da política, formando o que FERRAJOLI classifica como *esfera do indecível que* e do *indecível que não*” (destaques do autor – *Direito Processual Penal...*, p. 1077).

dimensão objetiva, por sua vez, os direitos fundamentais são concebidos como uma ordem objetiva de valores que reflete as opções axiológicas do constituinte (quais direitos têm prioridade de proteção em determinada ordem jurídica). Traz por principais consequências: gerarem deveres de proteção a todos os órgãos do Estado; e possuírem o chamado “efeito irradiante” (os direitos fundamentais espalham seus efeitos por toda a ordem jurídica, que deve ser interpretada a partir desses direitos)¹².

No âmbito da proteção aos direitos fundamentais, encontramos na doutrina entendimentos diversos acerca da abordagem a ser feita. Há quem defenda uma análise sob o prisma da teoria externa dos direitos fundamentais, enquanto outro setor opta pela teoria interna. Outra dicotomia se apresenta quanto ao suporte fático dos direitos fundamentais, o qual será amplo, para parte da doutrina, ou restrito, para a corrente oposta. Passaremos, então, à análise das teorias.

Como dito, parte da doutrina considera que a abordagem dos direitos fundamentais deve ser feita de acordo com a teoria externa dos direitos fundamentais (posição que concordamos), a qual os analisa sob o enfoque da reserva geral de ponderação. Parte-se do pressuposto de que existem dois objetos jurídicos distintos: o Direito e a Restrição. O primeiro, a princípio, é ilimitado. Como resultado da aplicação da restrição obtém-se o direito definitivo (que é limitado). Assim, todo direito fundamental traz em si a possibilidade condicionada de uma restrição posterior, a qual será analisada por meio da regra da proporcionalidade (notadamente, como veremos, sua aplicação em sentido estrito)¹³.

¹² Para maiores detalhes, ver a obra: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹³ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 253; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 32-33; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 331. Em oposição à teoria externa, temos a teoria interna dos direitos fundamentais, que se apoia nos limites imanentes ou implícitos dos mencionados direitos. Dessa forma, existiria, desde o início, apenas um objeto, que é o Direito (com seu conteúdo determinado). Toda posição jurídica que exceda esses limites não seria legítima, pois os limites são imanentes. Por essa teoria, as colisões de direitos fundamentais seriam apenas aparentes. Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1.148. David Zorilla também identifica como adeptos dessa corrente Ignacio de Otto, Javier Jiménez Campo, Antonio Luis Martínez-Pujalte, Pedro Serna, entre outros (Ponderación y seguridad jurídica. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014, p. 89). Gustavo Badaró, apesar de citar a existência dos limites implícitos, ao mesmo tempo entende que, no sistema dos princípios e valores previstos constitucionalmente, nenhum deles se coloca como absolutamente intangível, na medida em que mesmo aqueles de fundamental importância devem ser coordenados com outros valores constitucionais, de modo que poderão sofrer limitações por força destes (*Proceso Penal...*, p. 41).

Além da adoção da teoria externa, filiamo-nos à corrente que entende possuírem os direitos fundamentais um suporte fático amplo, o que significa duas exigências principais: que o âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível; e que o conceito de intervenção estatal nos direitos fundamentais faz parte do suporte fático¹⁴.

A primeira exigência traduz-se em que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerados, possam ser subsumidos ao “âmbito temático” de um direito fundamental devem ser considerados como por ele *prima facie* protegidos. Não se deve excluir da proteção dos direitos fundamentais, de antemão, condutas, estados e posições jurídicas que tenham algum elemento, por mais ínfimo que seja, que justificaria tal proteção.

Consequência clara dessa abordagem é um considerável aumento nas colisões entre direitos fundamentais, as quais serão resolvidas, essencialmente, pelo *sopesamento* de princípios, que se apresenta como a fase final de aplicação da *regra da proporcionalidade*. Isso vale para todos os direitos, sobretudo para as liberdades públicas¹⁵.

Fala-se, portanto, em regra da proporcionalidade, muito embora a maioria da doutrina utilize a denominação princípio da proporcionalidade. Ante as concepções de regras e princípios desenvolvidas por Robert Alexy, identifica-se a proporcionalidade, efetivamente, como uma regra. As regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, enquanto os princípios garantem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*¹⁶.

Ainda que a proporcionalidade não seja, de fato, uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, também não se trata propriamente de um princípio. Segundo Alexy, este seria uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A

¹⁴ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 116; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 331. *Contrario sensu*, as teorias que se baseiam em um suporte fático restrito garantem um âmbito de proteção, *a priori*, mais reduzido, pois operam com situações originariamente excluídas dessa proteção. Neste sentido: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 294; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 332.

¹⁵ Segundo Ada Pellegrini Grinover, o que torna pública uma liberdade (qualquer que seja seu objeto) é a intervenção do Poder (estatal), através da consagração do direito positivo. Estabelecendo, assegurando e regulamentando as liberdades, o Estado transforma-as em poderes de autodeterminação, consagradas pelo direito positivo (*Provas ilícitas...*, pp. 23-24).

¹⁶ Segundo Zorrilla, “a precisão, completude ou caráter ‘fechado’ são próprios da categoria das ‘regras’, enquanto o caráter ‘aberto’ e a indeterminação ou falta de precisão são características atribuídas aos ‘princípios’” (*Ponderación y seguridad jurídica...*, p. 97).

proporcionalidade não segue esse raciocínio, possuindo a estrutura, na verdade, de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplica-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, devendo ser feita, portanto, no todo¹⁷.

Na esteira do exposto, a consequência da diferença entre regra e princípio é que, em caso de conflitos entre regras, seu caráter definitivo deve permanecer. Assim, a solução dos conflitos se dará pela subsunção, de modo que somente uma norma poderá ser aplicada, ou seja, uma regra será válida e produzirá sua consequência jurídica, e a outra será inválida, total ou parcialmente¹⁸.

Por outro lado, os princípios, sendo considerados mandamentos de otimização, poderão ser satisfeitos em graus variados, e a medida de sua satisfação dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. No caso de colisão entre princípios, a solução, então, deverá ser dada por ponderação ou sopesamento. Dessa forma, um princípio não pode ser considerado exceção ao outro, posto que “às vezes prevalece um, às vezes o outro”, dependendo das condições concretas de cada caso em questão¹⁹.

¹⁷ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 41; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 168. Entendendo ser a proporcionalidade um princípio: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de derecho público*, n. 38, 1998, p. 191; ZORRILLA, David Martínez. Ponderación y seguridad jurídica..., p. 87; KLUTH, Winfried. Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Trad. Enrique Ortiz Calle. *Cuadernos de derecho público*, n. 38, 1998, p. 219; PHILIPPE, Xavier. El principio de proporcionalidad en Derecho público francés. Trad. Eulalia W. Petit de Gabriel. *Cuadernos de derecho público*, n. 38, 1998, p. 255; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 356. Segundo Virgílio Afonso da Silva, muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, identificado como regra. Falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas serão regras, não princípios. Outras diferenciações podem ser encontradas no item 4.4.1 da obra *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* (“Questões terminológicas: ‘princípio’, ‘máxima’, ‘regra’ ou ‘postulado’”). O Ministro Eros Grau também não entende ser a proporcionalidade um princípio, enxergando-a como um postulado normativo, uma regra de interpretação/aplicação do direito (STF – HC 95.009-4/SP. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 06.11.2008, p. 44).

¹⁸ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 47; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 42; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 90; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1161.

¹⁹ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 50; ZORRILLA, David Martínez. Ponderación y seguridad jurídica..., p. 101; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 42; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 93; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1161. Com posição diversa, Juan Ruiz Manero entende que a noção de mandamentos de otimização não pode ser atribuída aos princípios, mas unicamente às chamadas diretrizes. Segundo o autor, princípio em sentido estrito corresponde ao direito orientado para a tutela de bens ou interesses que se consideram dignos de proteção para todos e cada um dos indivíduos. As perguntas acerca de conflitos envolvendo princípios são binárias, as quais implicam que o juízo acerca do estabelecimento de uma relação

De maneira semelhante, se estivermos diante de uma colisão entre princípios que tenham recebido concretude por meio de regras correspondentes, a solução pelo método do sopesamento não implicará a exclusão das regras respectivas. Da mesma forma, nesse processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, mas deve haver um esforço para assegurar a aplicação das normas conflitantes, conquanto uma delas tenha de sofrer atenuação²⁰.

Por fim, no caso de uma regra constitucional entrar em aparente colisão com um princípio também constitucional, parte da doutrina entende que deve prevalecer a regra. Quer dizer, o “direito definitivo” terá “mais força” do que o direito *prima facie* assegurado pelo princípio colidente, na medida em que o próprio legislador constituinte já fez o sopesamento necessário e decidiu privilegiar um dos princípios (que embasou a regra) e o direito fundamental correspondente²¹.

Gustavo Badaró observa que as garantias processuais têm por objetivo eliminar riscos, e não apenas reparar destroços ou resultados nocivos. Dessa forma, são garantias de meios, e não de resultados. E, como tal, normalmente se constituem em regras que já estabelecem direitos definitivos, e não os mencionados direitos *prima facie*²².

A segunda exigência da adoção da teoria externa é que o conceito de intervenção também deve ser interpretado de forma ampla, de modo a rejeitar as teorias que defendem que meras regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais não constituem restrições²³. As regulamentações não deixam de ser restrições, mas nem por isso são inconstitucionais. Como será explicado nos parágrafos seguintes, todo direito fundamental é restringível. Resta saber se tais regulamentações serão consideradas *restrições constitucionalmente fundamentadas* ou *violações* a direitos fundamentais. Novamente, para que sejam

de prevalência entre princípios, dadas certas circunstâncias, é um juízo de “tudo ou nada”. Já às diretrizes correspondem aqueles direitos que se orientam para a proteção ou promoção de bens ou interesses coletivos, de bens, portanto, distintos daqueles do próprio titular do direito. Somente a estes se aplicaria a definição de mandamentos de otimização (Principios jurídicos, objetivos colectivos y derechos individuales. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporáneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014, pp. 48-51).

²⁰ Nesse sentido: Voto-Vista da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, no RHC 51.531/RO. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma, DJe 09.05.2016, p. 3.

²¹ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 43; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, pp. 201-202.

²² *Processo Penal...*, p. 46.

²³ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 40; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 331.

consideradas restrições, e não violações, no caso concreto, terão de passar pelo exame da proporcionalidade.

A proporcionalidade tem seu sentido e finalidade voltados para a limitação das restrições aos direitos fundamentais. Assim como se afirma que não há direitos absolutos, também as restrições não podem ser ilimitadas. Podem ser identificados, então, dois níveis distintos de proteção: um no campo legislativo e outro nos campos do Judiciário e do Executivo.

No primeiro, estamos diante de um plano dito abstrato, de modo que a proporcionalidade exerce um controle de constitucionalidade das leis. Isto ocorre porquanto o Judiciário, ao analisar o sopesamento feito pelo legislador para a elaboração do texto legal, dele diverge e, portanto, entende-o sem justificção constitucional. O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura, portanto, afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa²⁴.

No segundo nível há um plano concreto, no qual deverá o julgador examinar a proporcionalidade da aplicação de uma lei, sobre a qual já se tenha feito o primeiro controle, mencionado no parágrafo anterior. Nesse caso, uma lei poderá, no caso concreto, mostrar-se desproporcional devido a sua aplicação ser abusiva ou excessiva, ainda que tenha passado pelo controle abstrato. Por esta razão, a doutrina também denomina a proporcionalidade de “proibição do excesso” (no mesmo sentido em que trataremos no exame da necessidade)²⁵.

No âmbito processual penal, embasando-nos na doutrina espanhola, entendemos que alguns pontos prévios para uma restrição legítima com fulcro na proporcionalidade

²⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 312. No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco observam que o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição (e, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas). Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais. Afirmam os autores que há, então, um duplo controle de proporcionalidade, tanto das decisões administrativas como judiciais (*Curso de Direito Constitucional...*, pp. 248-249 e 263-264).

²⁵ Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 447; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *El principio de proporcionalidade...*, p. 191; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 257. Entendendo pela diversidade dos institutos: KLUTH, Winfried. *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad em Derecho alemán...*, p. 220. Observa Canotilho que a Constituição portuguesa, diferentemente da brasileira, prevê expressamente a proporcionalidade, em seu artigo 18º, 2, ainda que não se valha dessa denominação: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (*Direito Constitucional...*, p. 447).

devem estar presentes: deve existir uma norma infraconstitucional, uma vez que nenhuma restrição poderá ocorrer no campo processual penal sem prévia existência de lei que a preveja; que tal lei seja justificada teleológica e constitucionalmente, isto é, seja fruto de um aceitável sopesamento constitucional ao menos no campo abstrato da norma; que o exame sobre os pontos seja realizado por juiz competente; e que a decisão desse juiz seja fundamentada.

Com base nessas premissas é que se concebe a proporcionalidade, no âmbito processual penal, assentada em *pressupostos* e *requisitos*. Segundo a divisão apresentada por Nicolás Gonzales-Cuellar Serrano, podem ser identificados dois pressupostos, um de caráter formal, constituído pelo princípio da legalidade, e outro de caráter material, traduzido no princípio da justificação teleológica²⁶. Quanto aos requisitos, estes podem ser extrínsecos ou intrínsecos. Os primeiros se revelam na judicialidade e na motivação. Já os requisitos intrínsecos seriam a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito²⁷. Passaremos, então, à abordagem dos institutos mencionados.

A *legalidade* deve ser considerada o primeiro pressuposto porque não faz sentido analisar a constitucionalidade de uma medida, sob a perspectiva da proporcionalidade, se, na verdade, sua inconstitucionalidade já resulta da transgressão à legalidade, à qual toda restrição de direitos fundamentais está submetida. Caso contrário, a proporcionalidade assumiria uma função pervertida, servindo como escusa para a adoção de medidas restritivas desprovidas de cobertura legal, mas que se dizem imprescindíveis para a defesa do interesse público.

Amplamente estudada no âmbito do Direito Penal e sintetizada no brocardo *nulla poena nullum crimen sine lege*, a legalidade tem sua correspondente projeção processual no axioma *nulla coactio sine lege*. Quer dizer, devem ser “tipificadas” tanto as condições de

²⁶ Como lembra o autor, a legalidade é um pressuposto formal porque não assegura um conteúdo determinado à medida, mas é um postulado básico para sua legitimidade democrática e para a garantia da previsibilidade da atuação dos poderes públicos. Já a justificação teleológica é um pressuposto material pois introduz no juízo de admissibilidade das ingerências do Estado os valores que tem de salvaguardar a autoridade atuante, os quais precisam gozar de força constitucional suficiente para confrontar os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos (El principio de proporcionalidade..., p. 193).

²⁷ Nesse sentido GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 193; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 50-53; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 313; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 46.

aplicação como o conteúdo das intervenções processuais no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos²⁸.

O pressuposto em análise ainda impõe, segundo Maurício Zanoide de Moraes, a clareza e a especificidade da lei processual, quer dizer, esta deve ser estrita. Dessa forma, não obstante se admita a analogia e a extensividade na aplicação da lei processual penal, não se poderá nela inserir termos imprecisos ou abertos que permitam o descumprimento da justificação que o legislador fixou em sua formação (inserindo-se, aqui, a justificação teleológica) ou da justificação que a Constituição Federal exige para haver conformidade daquela norma (justificação constitucional). Isto para evitar que, da vagueza do texto normativo, derivem interpretações que atinjam o âmbito de proteção da norma em áreas vedadas pela Lei Maior²⁹.

O pressuposto da *justificação teleológica* firma-se na máxima de que toda ingerência estatal no âmbito dos direitos fundamentais deve possuir finalidade legítima. Seu fim há de ser a tutela de bens constitucionalmente protegidos e socialmente relevantes³⁰.

Dessa forma, não basta ser a lei processual penal formalmente correta, devendo haver um controle da licitude do propósito a ser atingido pela lei processual, ou seja, um controle da constitucionalidade da justificação teleológica da norma, controle este que deve ser aferido no instante da elaboração da norma e mantido no momento de sua aplicação³¹.

Dos dois pressupostos citados, pode-se concluir pela imprescindibilidade de que toda medida estatal processual penal restritiva de direito fundamental seja prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo. Como ensina Maurício Zanoide de Moraes, “a legalidade fixa a constitucionalidade do ‘meio’ e a justificação teleológica estabelece a constitucionalidade do ‘fim’”³².

²⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 315. No mesmo sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2014, p. 343.

²⁹ *Presunção de inocência...*, pp. 316-317. Exemplifica o autor que, não haver permissão constitucional expressa para se regulamentar espécies de restrição patrimonial ao imputado (por exemplo, uma apreensão) não significa afirmar que esteja vedada a elaboração dessas previsões de leis restritivas. Ocorre, porém, que essas previsões, para estarem conforme a Constituição, devem ser elaboradas de forma escrita, clara e precisa.

³⁰ Nesse sentido: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 195.

³¹ Idem, pp. 196-197. Também em: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 318.

³² *Presunção de inocência...*, p. 319.

A consideração da *judicialidade* como requisito extrínseco da proporcionalidade se baseia no fato de que os órgãos judiciais são precisamente previstos pela Constituição para garantir de forma imediata a eficácia dos direitos fundamentais, sem que o legislador fique autorizado a privar os juízes de uma margem de apreciação da matéria que lhes permita calibrar o peso dos interesses em conflito³³.

Já a exigência da *motivação*, segundo Nicolás Serrano, é, antes de tudo, um requisito formal, não encontrando fundamento apenas na genérica obrigação de motivação das decisões judiciais. Pela proporcionalidade, nas decisões restritivas de direitos fundamentais o órgão jurisdicional deve sempre efetuar um juízo de ponderação entre o direito fundamental afetado e o interesse constitucionalmente protegido/perseguido ao motivar³⁴.

Na análise desses requisitos extrínsecos, parte da doutrina identifica que tanto a judicialidade quanto a motivação estão contemplados em uma série de dispositivos constitucionais, destacando-se o artigo 5º, incisos XXXV, LIII e LXV e o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988. Da leitura sistemática dos artigos, também se identifica a judicialidade com a “reserva de jurisdição” (cabendo somente ao Judiciário o poder-dever de solucionar os conflitos) e com a inafastabilidade da jurisdição (de modo que o juiz penal não poderá se afastar, em qualquer instante da persecução penal, de seu poder-dever de julgar todos os atos estatais constrictivos de direitos fundamentais). Da mesma forma, no exercício do seu mister, ao juiz não é dado decidir de qualquer forma, mas apenas de modo motivado e em obediência aos preceitos constitucionais³⁵.

³³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 197. Lembra o autor que o Tribunal Constitucional espanhol já decidiu que a lei pode autorizar a polícia judiciária, em situações de urgência e necessidade, a praticar atos que comportem uma simples inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal leve, de certa forma mitigando a judicialidade, mas desde que o faça sempre observando os requisitos emanados dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (Idem, p. 198). No mesmo sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 343.

³⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 198. Para o autor, a ausência de motivação causa, por si só, vulneração do devido processo legal substantivo, e lembra que, na prática, nem sempre esse dever de motivação é cumprido propriamente, como, por exemplo, na fundamentação de mandados de busca domiciliar. O Supremo Tribunal espanhol, todavia, já admitiu a chamada “fundamentação concisa”, mas desde que, a partir de seus termos, fique claro que a decisão judicial embasou-se em uma concreta interpretação e aplicação do direito, alheias a qualquer arbitrariedade (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 344).

³⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, pp. 320-321. Trataremos com maiores detalhes da motivação das decisões judiciais no item 3.5 infra. Para uma análise mais aprofundada do tema, v. item 3.5 e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Dessa forma, numa conclusão sintética, os requisitos extrínsecos se encarregarão de definir “quem” (juiz penal) analisa e decide as questões e “como” (motivação) se darão essas análise e decisão sobre a constitucionalidade daqueles “meio” (lei) e “fim” (justificação) mencionados³⁶.

Mais comumente encontrados nas análises doutrinárias, os três requisitos intrínsecos da proporcionalidade são denominados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Verificar se uma medida restritiva de direito fundamental é *adequada* significa constatar ser ela própria para fomentar a realização do objetivo perseguido (que, necessariamente, deve se apresentar como um fim constitucionalmente legítimo, normalmente a realização de outro direito fundamental). Trata-se, portanto, de uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina, um exame empírico realizado sobre a aptidão do meio contribuir para a consecução do fim almejado.

Segundo a doutrina, não se exige que a medida seja efetivamente adequada à realização daquele objetivo, bastando que seja apta a fomentar sua realização. Portanto, uma medida somente será inadequada se for completamente imprópria a sua relação de causalidade³⁷.

Na abordagem do tema, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano divide a adequação em qualitativa, quantitativa e subjetiva.

Haverá adequação qualitativa quando a natureza da medida for compatível com a natureza do fim (devem ser *aptas por su propia naturaleza*)³⁸. Neste sentido, exemplifica Antonio Scarance Fernandes: “nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa”³⁹. Ademais, não basta que o meio seja considerado qualitativamente adequado numa perspectiva abstrata,

³⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 321.

³⁷ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 170; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 44; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 199; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 259; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, pp. 323-324; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 344.

³⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 200.

³⁹ *Processo penal constitucional...*, p. 53.

devendo também, no caso concreto, ser previsível a aptidão da medida para a consecução do fim pretendido⁴⁰.

Haverá adequação quantitativa quando a duração ou intensidade da medida forem condizentes com a finalidade pretendida. Quer dizer, uma medida restritiva de direitos fundamentais qualitativamente adequada pode ser intolerável se sua duração ou intensidade não são exigidas pela finalidade concreta que se pretende alcançar. Por exemplo, não é porque a medida prevê um prazo máximo de execução que este terá de ser levado até seu termo final, devendo ser encerrada em momento anterior se adequado⁴¹.

Na esteira do já exposto, sintetiza Maurício Zanoide de Moraes que, no Processo Penal, as características da quantidade e da qualidade devem ser levadas em conta não para que se exclua um meio como adequado, mas para que, ao se passar ao ponto da necessidade, essas características dos meios e seus diferentes graus de eficiência sejam tomadas em consideração⁴².

Por fim, a adequação subjetiva trata da individualização dos sujeitos passivos da medida, impondo-se que a mesma seja dirigida apenas ao indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias a serem exigíveis para ser atuada. Quer dizer, o sujeito passivo da medida deve ser identificado e suas características devem ser consideradas no exame da idoneidade do meio. Essa identificação impõe, ainda, que a medida seja determinada em face de uma pessoa certa e não seja estendida a outrem sem um novo exame de proporcionalidade.

Já o exame da *necessidade* é um teste comparativo, com a finalidade de se assegurar que a invasão da esfera de liberdade do indivíduo seja a menor possível (motivo pelo qual parte da doutrina também a denomina “princípio da menor ingerência possível” ou “princípio da intervenção mínima”)⁴³.

⁴⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., pp. 200-201.

⁴¹ Idem, p. 201. No que tange à intensidade, o autor se vale da Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola para exemplificar, tomando por conta justamente as buscas domiciliares. Lembra que, pelo artigo 574, o juiz pode autorizar a entrada e busca em uma casa para a apreensão de instrumentos do delito, livros, papéis ou quaisquer outras coisas, mas desde que necessárias para o resultado pretendido. De modo semelhante, dispõe o artigo 552 que, ao efetivar as buscas, devem ser evitadas as inspeções inúteis, procurando-se não prejudicar ou importunar o sujeito passivo da medida mais do que o necessário, devendo-se, ainda, adotar todas as espécies de precaução para não se comprometer a reputação do sujeito, respeitando-se seus segredos que não interessarem à instrução processual (Ibidem).

⁴² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 324.

⁴³ Nesse sentido: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., pp. 206; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 45.

Na análise a ser feita, um ato estatal que limita direito fundamental “é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental perseguido”⁴⁴. Dessa forma, enquanto o teste da adequação se refere a uma relação de meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade adiciona o componente da consideração de medidas alternativas para se obter a mesma finalidade⁴⁵.

Segundo Nicolás Serrano, três condições devem ser avaliadas previamente à escolha da medida necessária: a adequação e menor lesividade da medida; a existência de proteção legal suficiente da limitação; e a existência de infraestrutura necessária para a sua aplicação⁴⁶.

Dessa forma, percebemos que, na prática, o exame da necessidade pode apresentar inúmeras variantes. Nem sempre a medida necessária será aquela que menos restrinja o direito fundamental em questão. Pode ocorrer de as medidas a serem comparadas apresentarem graus diferentes de eficiência no fomento do propósito almejado e lesarem, também, de formas diferentes, o direito fundamental que se pretende proteger. Ademais, as medidas comparadas podem apresentar uma igualdade de eficiência quanto ao objetivo pretendido, mas aquela que menos lese o direito inicialmente protegido tenha efeitos prejudiciais a outros direitos fundamentais que não haviam sido valorados⁴⁷.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* consiste na aplicação do que se denomina *lei do sopesamento* entre os direitos envolvidos. Para Robert Alexy, trata-se de

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *In: Revista dos Tribunais*, n. 798, São Paulo, 2002, p. 38. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 45; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *El principio de proporcionalidade...*, pp. 206. Com posição semelhante, o autor português Manuel Valente opta por apresentar o critério da *necessidade* sempre atrelado ao critério da *exigibilidade* (Os direitos e liberdades fundamentais como barreira “intransponível” na produção de prova penal...p. 131).

⁴⁵ Motivo pelo qual, lembram Gilmar Mendes e Paulo Branco, a doutrina alemã entende ter a prova da necessidade maior relevância que o teste da adequação, uma vez que: “Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou geral” (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 259).

⁴⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *El principio de proporcionalidade...*, pp. 207. Manuel Valente denomina a *subsidiariedade ascendente* das medidas (impondo-se que se fundamente que a medida ou meio menos oneroso não é capaz de promover as finalidades invocadas para o recurso ao meio e do processo penal em determinado caso concreto) um quarto subprincípio da necessidade (Os direitos e liberdades fundamentais como barreira “intransponível” na produção de prova penal..., pp. 131-132).

⁴⁷ Nesse sentido: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 327; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 178. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lembram que já decidiu a Corte Constitucional alemã que uma lei só será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas” (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 258).

um juízo valorativo, traduzindo-se em “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁴⁸.

A doutrina alemã, pautada na relação inicial de proporcionalidade e “proibição do excesso” ou “intervenção mínima”, associa a proporcionalidade em sentido estrito à “proibição da proteção insuficiente”. Como observam Gilmar Mendes e Paulo Branco, quando da análise da mencionada doutrina alemã sobre o tema, “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)”⁴⁹.

É nessa fase que se coloca em destaque a problemática final levantada também no exame da necessidade: uma medida idônea e necessária para um fim almejado e específico pode aniquilar de forma completa outros direitos fundamentais no caso concreto e que não tinham sido considerados quando da elaboração da norma processual. Portanto, estes direitos não podem deixar de ser considerados no instante da decisão judicial⁵⁰.

Partindo-se dessa premissa, a função da proporcionalidade em sentido estrito é evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. Trata-se de tarefa complexa no caso concreto e de difícil decisão livre de subjetivismos. Todavia, ainda que não seja possível alcançar um procedimento de sopesamento com

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 167. Segundo o autor, a proporcionalidade em sentido estrito (que, para Alexy, denomina-se “máxima da proporcionalidade”) decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já a necessidade e a adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (Idem, p. 118). Para Nicolás Serrano, trata-se da utilização das técnicas de contraposição de bens ou valores e da ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto. Será a medida admitida se o sacrifício dos interesses individuais afetados pela restrição guardar uma relação de razoabilidade e proporcionalidade com a importância do interesse público que se pretende salvaguardar (El principio de proporcionalidade..., pp. 208).

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 260.

⁵⁰ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 169; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 270; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., pp. 208; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional...*, pp. 59-60; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 259; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 176; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 327. Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco, a proporcionalidade em sentido estrito resulta da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador: “A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um *controle de sintonia fina* (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão” (g.a.) (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 260).

exatidão matemática, à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito busca-se trazer regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas⁵¹.

No mesmo sentido, segundo Nicolás Serrano, como a proporcionalidade em sentido estrito não se apoia em considerações empíricas, mas sim valorativas, resulta necessário contar com uma ajuda adicional, que permita aplicar a regra em relação com as medidas processuais penais, estabelecendo certos critérios de medição do interesse persecutório penal, através dos quais possa ser conhecido seu volume e que resultem úteis à generalidade dos casos. Assim, o referido autor observa que a doutrina alemã sugere os seguintes indicadores do interesse estatal: a i) consequência jurídica do delito, a ii) importância da causa, o iii) grau da imputação e o iv) êxito previsível da medida⁵².

Nas situações de aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, o sopesamento pode se apresentar já definido pelo legislador, ou sem disposição expressa deste, caso em que caberá ao juiz realiza-lo. No primeiro caso, tal escolha restará expressa, conforme mencionado anteriormente, por meio de uma regra estabelecida⁵³, *e.g.*, no caso em que Constituição Federal opta por priorizar a vida e a incolumidade física do indivíduo sobre a inviolabilidade domiciliar, ao autorizar o ingresso em casa alheia para a prestação de socorro ou em caso de desastre (mais detalhes serão trazidos no tópico 2.2.4). A segunda situação, sim, é muito mais vulnerável ao subjetivismo da autoridade judiciária, que terá de definir, caso a caso, qual princípio será restringido. David Zorrilla lembra que, por se tratar de um mecanismo que pode se operar *ex post facto*, o processo ponderativo também pode comprometer a previsibilidade e a segurança jurídica⁵⁴. Isto leva parte da doutrina a criticar

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 176.

⁵² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., pp. 210.

⁵³ ZORRILLA, David Martínez. Ponderación y seguridad jurídica..., p. 97.

⁵⁴ Ponderación y seguridad jurídica..., pp.87-88. O autor divide, então, as posições doutrinárias acerca da legitimidade do uso do sopesamento em quatro categorias, duas defendendo sua utilização e duas afastando-a. Para as concepções intuitiva e cética, a ponderação é uma atividade que não está sujeita a um controle de racionalidade. Já as categorias particularista e universalista concebem a proporcionalidade em sentido estrito como uma atividade racional. Zorrilla, todavia, centra-se apenas na concepção universalista (na qual inclui Alexy), em que se considera o sopesamento como um “processo mediante o qual se estabelece uma *relação de precedência condicionada* entre os princípios em conflito. Isso significa que a prevalência ou prioridade de um dos princípios sobre o outro não é absoluta ou incondicional, senão sob certas condições” (*t.l.*) (*g.a.*) (Idem, p. 101).

sua aplicação para a resolução desses conflitos e a sustentar que a aplicação da regra da proporcionalidade deveria se restringir aos exames de necessidade e adequação⁵⁵.

Todavia, tais críticas não se sustentam. Como já mencionado, o exame da necessidade, em muitos casos, já se revela bastante complexo, podendo exigir ainda mais valorações do juiz do que o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Decidir qual medida realiza melhor o objetivo procurado, bem como qual medida restringe menos o direito afetado, envolve, necessariamente, uma valoração subjetiva por parte do juiz⁵⁶. Dessa forma, o ganho em objetividade não se encontra na renúncia ao sopesamento, mas sim, como já mencionado, na busca de padrões de diálogo intersubjetivo que permitam um controle social da atividade jurisdicional. Ao que conclui Virgílio Afonso da Silva: “E isso vale não apenas para o sopesamento, mas também para os exames da adequação e da necessidade e também para a ‘simples’ subsunção”⁵⁷.

Embora, em um primeiro momento, a adoção de tais posições aparente uma diminuição no grau de proteção desses direitos (pelo reconhecimento de uma ampla possibilidade de restrição), é justamente o contrário que ocorre. Isto porque a explicitação dessa restringibilidade é acompanhada de uma exigência de fundamentação constitucional para qualquer caso de restrição. Há, aqui, um fortalecimento tanto a curto quanto a longo prazo da proteção dos direitos fundamentais.

A curto prazo, observa Mauricio Zanoide de Moraes, porque se passa a exigir a demonstração clara de todos os aspectos fáticos e jurídico-constitucionais para a decisão específica, não satisfazendo mais razões *a priori*, argumentos de autoridade ou justificativas inconstitucionais. A longo prazo, o ganho está em que o debate doutrinário sobre um repertório jurisprudencial que exponha às críticas seus argumentos sobre o “âmbito de proteção”, a “intervenção estatal” e as interferências que as condições fático-jurídicas

⁵⁵ Entendem dessa forma: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 214-223.

⁵⁶ Como dito, por vezes tal valoração se revela bastante complexa. Exemplifica Virgílio Afonso da Silva: é possível que uma medida M_1 seja mais eficiente na realização de um objetivo, restrinja o direito D_1 com muita intensidade e o direito D_2 de forma não tão intensa; já uma medida M_2 pode ser um pouco menos eficiente na realização do objetivo mencionado, mas não restringir o direito D_1 , restringir com muita intensidade o direito D_2 e, ainda, restringir um pouco um direito D_3 ; por fim, uma outra medida alternativa M_3 pode ter grau de eficiência intermediário entre M_1 e M_2 na realização daquele objetivo, restringir com média intensidade o direito D_1 , não restringir o direito D_2 e, ainda, restringir com muita intensidade o direito D_3 (*Direitos Fundamentais...*, p. 178).

⁵⁷ *Direitos Fundamentais...*, p. 178.

venham estabelecer entre eles formará uma cultura científica apta a fortalecer posturas intersubjetivas mais maduras e claras em seus fundamentos⁵⁸.

Como bem conclui Virgílio Afonso da Silva: “a possível relativização dos direitos fundamentais, que encontra sua expressão maior na negação de um conteúdo essencial desses direitos que não seja também meramente relativo, não é o produto de um ‘relativismo niilista’, ou algo semelhante. É, ao contrário, uma tentativa de criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo e do Judiciário, a partir de um modelo que impõe, a todo tempo, exigências de fundamentação”⁵⁹.

É justamente com tal enfoque que se tratará o juízo de admissibilidade da busca e da apreensão no presente trabalho: pela absoluta necessidade de fundamentação idônea para sua decretação, uma vez que o Estado detém o ônus de demonstrar o porquê de estar restringindo direitos fundamentais⁶⁰. Ademais, qualquer restrição deve se dar de acordo com os preceitos constitucionais, afastando-se motivações superficiais, padronizadas ou que, de qualquer forma, atentem contra os direitos fundamentais do indivíduo (as quais não se encaixariam, portanto, no conceito de restrição acima apresentado).

Por fim, partilhamos da opinião da doutrina que critica a banalização da aplicação da regra da proporcionalidade. Parte da jurisprudência a concebe como um instrumento superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, conferindo ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador. Muitos julgados indevidamente invocam a regra da proporcionalidade para restringir direitos fundamentais, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado” e da supremacia do interesse público sobre o individual.

Como ensina o Ministro Eros Grau, essa premissa de supremacia do interesse público, que pode prevalecer no Direito Administrativo, não tem lugar em matéria penal e processual penal, uma vez que “a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão

⁵⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 334. É também a partir dessas premissas que David Zorilla afasta as críticas referentes à perda de previsibilidade e segurança jurídica: “Se é certo que tais conflitos [entre princípios] obrigam o uso de mecanismos que operam *ex post* (como a ponderação ou o princípio da proporcionalidade) para se oferecer uma resposta aos mesmos, uma adequada configuração de tais mecanismos ou procedimentos, unida a um número suficiente de casos (com suas respectivas soluções) que identifiquem claramente as circunstâncias ou propriedades relevantes e seu impacto na hora de declinar a resposta em um determinado sentido, pode dar lugar a um conjunto de regras de configuração jurisprudencial que permitam ‘delimitar’ os elementos em jogo e determinar com clareza a resposta em eventuais conflitos, logrando assim um maior grau de previsibilidade e segurança jurídica” (*t.l.*) (Ponderación y seguridad jurídica..., p. 104).

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, pp. 253-254.

⁶⁰ SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel: Pedestrians to Passengers*. Search and Seizure Law Report. Vol. 35, n. 4, 2008, p. 32.

de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar'. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflitos de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão⁶¹.

2.2. Dos direitos e garantias fundamentais relacionados à busca e à apreensão.

A Constituição Federal dedica seu Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais. Ainda que haja uma previsão conjunta, os institutos não se confundem. Aos direitos fundamentais correspondem conteúdos declaratórios na Constituição, que imprimem existência a esses direitos. No caso dos direitos fundamentais individuais, exprimem-se situações jurídicas em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

Todavia, o simples reconhecimento dos direitos do homem, ainda que de maneira mais enfática, de nada importaria se à respectiva declaração não fossem previstos meios aptos à sua realização por uma das atividades do Estado, ou seja, se não lhes fossem atribuídas condições de eficácia. Daí a previsão das garantias fundamentais, as quais são elementos assecuratórios dos direitos declarados, constituído seu conteúdo por instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância dos direitos fundamentais, atribuindo-lhes verdadeira força normativa⁶².

⁶¹ STF – HC 95.009-4/SP. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 06.11.2008, p. 44. No mesmo sentido: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 195; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 67; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, pp. 46-47.

⁶² Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 78; MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da USP. Orientação: Antonio Scarance Fernandes. São Paulo, 2009, p. 93; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. Defesa Penal: direito ou garantia. *Revista do IBCCrim*, n. 4, 1993, pp. 111-112. Lembrem as autoras que, apesar da distinção proposta, não surgem muito nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias, até porque, em alguns casos, um direito é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos. No tema do artigo mencionado, o direito de defesa pode, por exemplo, viabilizar o direito ao processo, garantir o contraditório e, por sua vez, também possuir suas garantias (Idem, p. 112). Dentro da discordância acerca da estrita separação dos conceitos, José Joaquim Gomes Canotilho entende serem as clássicas garantias, se levadas a rigor, também direitos, embora muitas vezes seja nelas salientado o caráter instrumental de proteção dos direitos. Segundo o autor, “as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade” (*Direito Constitucional...*, p. 520).

Em alguns casos, a garantia pode vir prevista no mesmo dispositivo do direito, como, v.g., no artigo 5º, inciso IX da CF: “é livre a expressão da atividade artística” (*direito*), “independentemente de censura ou licença” (*garantia*). Em outras situações, direito e garantia estão previstos em dispositivos distintos, como, por exemplo, nos incisos XV e LXVIII do artigo 5º, respectivamente: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz” (*direito*); e “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (*garantia*).

A busca e a apreensão se encontram em constante tensão com diversos direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana, a incolumidade física e moral do indivíduo, a intimidade e a vida privada. Do mesmo modo, colocam-se à prova as garantias fundamentais da inviolabilidade de domicílio e da inadmissibilidade das provas ilícitas. Portanto, cabe abordar cada um desses direitos e garantias mencionados, a fim de se possibilitar correta compreensão dos conflitos levantados ao longo desta dissertação.

Apesar da abordagem individualizada que realizaremos, nunca é demais lembrar que os diversos direitos constitucionais (e as eventuais garantias respectivas), embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integrada, constituindo um sistema ou um modelo de direitos e garantias processuais⁶³. Ademais, muitos aspectos dos institutos se entrelaçam e se complementam. Como exemplifica Manuel Valente, a vida, a integridade física e psíquica, a intimidade e a honra constituem o conteúdo nuclear material da dignidade da pessoa humana⁶⁴.

É notório que os direitos e garantias a seguir tratados possuem uma infinidade de questões a serem abordadas, sendo que muitas delas fogem ao propósito do presente trabalho e apresentam, por si só, conteúdo suficiente para a elaboração de dissertações próprias. Dessa forma, como já mencionado no item 2.1, sua abordagem estará centrada no seu desenvolvimento conceitual e suas principais implicações referentes à busca, à apreensão e aos respectivos juízos de admissibilidade.

⁶³ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 1.

⁶⁴ Os direitos e liberdades fundamentais..., pp. 132-133.

2.2.1. Dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (prevista no artigo 1º, inciso III da CF), sendo anterior e pressuposto dos próprios direitos fundamentais. Sendo o Estado Democrático de Direito um programa político de ação do Brasil, a dignidade da pessoa humana lhe dá um critério, um limite e uma finalidade⁶⁵. Mais do que isso, parte da doutrina entende que os fundamentos da democracia constituem os próprios fundamentos do Direito, de modo que só há Estado de Direito se este for um Estado democrático. Os princípios dessa democracia são justamente embasados na materialidade de uma vida humana com dignidade e autodeterminação⁶⁶.

Trata-se, portanto, ao nosso ver, da regra matriz dos direitos e garantias fundamentais, concedendo unidade e harmonia aos mesmos. A dignidade da pessoa humana é reconhecida como um valor-guia não apenas desses direitos e garantias, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, justifica-se plenamente sua caracterização como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa⁶⁷.

Para José Afonso da Silva, ela integra os *princípios político-constitucionais*, que se constituem “daquelas posições políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas princípio*” (g.a.)⁶⁸. Afirma-se, então, que a dignidade da pessoa humana eleva o homem à

⁶⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 201. Lembra o autor que a dignidade da pessoa humana é a representação constitucional brasileira do primeiro preceito da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade”. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas...*, p. 101.

⁶⁶ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Os direitos e liberdades fundamentais...*, pp. 125-126.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 74. No mesmo sentido, ensina Maurício Zanoide de Moraes que a dignidade da pessoa humana é um “princípio supremo”, que confere ao catálogo dos direitos fundamentais do cidadão uma conexão sistemática e apta a eliminar eventuais lacunas e a indicar uma finalidade comum (*Presunção de inocência...*, p. 203). No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 65. Na doutrina espanhola, Rogério Greco destaca que tal princípio é entendido não como um conceito jurídico, “como pode ser o de direito subjetivo, o dever jurídico ou o delito, nem tampouco político, como Democracia ou Parlamento, senão uma construção da filosofia para expressar o valor intrínseco da pessoa, derivado de uma série de traços de identificação, que a fazem única e irrepetível, que é o centro do mundo e que está centrada no mundo” (*Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas...*, p. 97).

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 93. Já os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal, em sua maioria, integram a classificação dos *princípios jurídico-constitucionais*,

posição de finalidade última dos programas de ação (pública e privada), e não como meio para a consecução de algo. Com base nisso, entende-se ser a dignidade da pessoa humana o núcleo essencial do constitucionalismo moderno, sendo inerente à própria personalidade humana.

Alexandre de Moraes, por sua vez, enxerga a dignidade da pessoa humana como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”⁶⁹. Ela constitui, portanto, um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar ao indivíduo, de modo a garantir que limitações ao exercício de seus direitos fundamentais sempre tenham caráter excepcional⁷⁰.

Justamente por ser atrelada à essa garantia de um mínimo invulnerável da pessoa, a dignidade da pessoa humana também é associada à garantia do chamado piso mínimo existencial ou vital, que corresponderia aos onze Direitos Sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança,

que seriam os princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional (Idem, p. 93). Com posição semelhante: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 508-511; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 202. Embora a grande maioria da doutrina entenda ser, com base na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, a dignidade da pessoa humana um princípio, o próprio Alexy, quando da análise do tema, classifica-a como uma norma constitucional de estrutura dupla, tanto de regra como de princípio. O autor chega, inclusive, como consequência dessa aceção, a aceitar, no caso da dignidade da pessoa humana, a existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela “parte regra” da norma que garante esse direito (*Teoria dos Direitos Fundamentais...*, pp. 111 e ss).

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 21-22.

⁷⁰ Segundo o doutrinador Ingo Sarlet, a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade (*O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>).

Para uma análise mais aprofundada do tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 330 e ss. No mesmo sentido: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 403 e ss. O uso da expressão “pessoa humana” significa o reconhecimento primário de direitos inerentes àquela pessoa, só pela sua condição de ser humano (lembrando-se da característica da *inerência* dos Direitos Humanos). Há casos históricos em que, infelizmente, a pessoa deixa de ser “humana”. Por exemplo, as Leis de Nuremberg caçaram a nacionalidade do alemão judeu durante o período da Segunda Guerra Mundial. Exemplos atuais podem ser facilmente encontrados em Estados africanos, como Etiópia, Somália, Sudão e Quênia, nos quais ainda persistem com a práticas como a excisão de mulheres e/ou a sua expulsão da família (com uma consequente perda de todos os seus direitos). Para maiores detalhes, ver: HUNDZINSKI DAMASIO, Celuy Roberta. Luta contra a excisão. *Revista Espaço Acadêmico*, ano I, n. 3. Disponível em: www.espacoacademico.com.br/003/03col_celuy.htm.

previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados)⁷¹. Como aponta Ingo Sarlet: “a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida ampara a tese de que o mínimo existencial representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”⁷².

Todavia, essa garantia de uma vida digna não se esgota nesse caráter assistencialista “mas sim, articula-se com a noção de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção”⁷³.

Ingo Sarlet associa a dignidade da pessoa também com um aspecto intrinsecamente cultural. Dessa forma, segundo o autor, essa dignidade não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (*dimensão natural*), na medida em que possui também um sentido cultural, fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, de modo que as dimensões natural e cultural se complementam e interagem⁷⁴.

O princípio em análise, pontue-se, deve ser analisado a partir da realidade do ser humano em seu contexto social. Como lembram Jorge Miranda e Rui de Medeiros: “A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera

⁷¹ Nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 67-68; GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 263

⁷² *O direito ao mínimo existencial...* Todavia, cabe ressaltar que o autor é um crítico dessa associação: “Tal entendimento, conquanto possa ter a (aparente) virtude de auxiliar na definição do conteúdo essencial dos direitos sociais, notadamente quanto ao recorte dos aspectos subtraídos a intervenções restritivas dos órgãos estatais e mesmo vinculativas dos particulares, não evita a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial, posição esta que seguimos refutando” (Idem).

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito ao mínimo existencial...* No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89/94, abr./jun. 1998, p. 92; e GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas...*, p. 102.

⁷⁴ Para maiores detalhes, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”⁷⁵.

Dessa forma, diante de colisões entre direitos fundamentais, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos. A efetivação de uma busca e/ou de uma apreensão, inevitavelmente, coloca em conflito o direito persecutório estatal, a garantia da inviolabilidade domiciliar e o direito à intimidade do indivíduo. Nestes casos, além da necessidade de observância dos requisitos legais, a medida jamais poderá atentar contra a dignidade da pessoa sobre a qual recai, devendo ser a menos invasiva possível e concretizada por meios razoáveis e proporcionais.

A título conclusivo, observa-se que, mesmo com seu caráter de “princípio supremo”, também a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, comportando eventuais restrições, desde que justificadas com base em outras normas fundamentais que se mostrem aplicáveis para o caso concreto em determinada condição fática e jurídica⁷⁶.

2.2.2. Incolumidade física e moral do indivíduo.

O direito “à incolumidade física e moral do indivíduo” (ou “integridade pessoal”)⁷⁷ é decorrência lógica da garantia dos direitos à vida (artigo 5º, *caput*)⁷⁸, à proibição à tortura e aos tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 5º, inciso III) e à honra (artigo 5º, inciso X) do indivíduo. Como ensina Rogério Lauria Tucci, tais preceitos

⁷⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui de. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2005, p. 53. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito ao mínimo existencial...*; GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas...*, p. 107. Em âmbito jurisprudencial, destacamos o tratamento do tema no Supremo Tribunal Federal, notadamente na STA-AgR/CE 175, Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. 17.03.2010.

⁷⁶ Justificação que Maurício Zanoide de Moraes denomina *jusfundamental* (*Presunção de inocência...*, p. 204). No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 200-202; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional...*, pp. 514-517; GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas...*, p. 106.

⁷⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Os direitos e liberdades fundamentais...*, p. 135.

⁷⁸ Nesse sentido, lembram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que o direito à vida é contemplado “desde os tempos mais remotos, tanto em discursos seculares como em produções de cunho religioso. Recordar-se, a esse propósito, que no século XIII, o filósofo escolástico Henry de Ghent sustentava que todas as pessoas ‘têm o direito, segundo a lei natural, de se lançarem atos de autopreservação’. Em outros contextos, o direito à vida aparece vinculado aos direitos a integridade física, a alimentação adequada, a se vestir com dignidade, a moradia, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis” (*g.n.*) (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 290).

objetivam “inibir a violência e o abuso de poder das autoridades públicas, e de seus agentes, sobrelevando o *status dignitatis* do indivíduo envolvido numa *persecutio criminis*”⁷⁹.

O direito à vida, pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos, deve ser assegurado pelo Estado em sua dupla acepção: não apenas a relacionada ao direito de continuar vivo, mas também o direito de se ter uma vida digna. Este direito a uma vida digna engloba a garantia das necessidades vitais básicas do ser humano e proíbe qualquer tratamento indigno, como a tortura, as penas de caráter perpétuo, os trabalhos forçados, as medidas vexatórias etc.

Dessa forma, não apenas é vedado ao Poder Público, em razão do cumprimento de medida persecutória, ceifar a vida do indivíduo, como também não pode tomar providências que atentem contra a segunda acepção desse direito, como, *e.g.*, invadir ilegalmente o domicílio da pessoa, agredi-la durante a execução da medida ou expô-la ao ridículo. Assim sendo, nota-se que o direito à vida apresenta evidente cunho de direito de defesa, de modo a “impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano. Impõe-se tal direito também a todos os outros indivíduos, que se submetem ao dever de não agredi-lo”⁸⁰.

O direito à saúde (aqui, em sua concepção individualista, e não referente ao dever do Estado) integra o direito à vida, de modo que a deterioração do primeiro compromete diretamente a subsistência do segundo. A incolumidade física está intimamente ligada ao direito à saúde, uma vez que a pessoa adoentada não está fisicamente incólume, ainda que em seu aspecto exterior não revele quaisquer sintomas. Decorrência da segunda acepção do direito à vida, o Estado também não poderá tomar medidas que atentem contra a saúde do indivíduo, de modo que as perseguições e a necessidade de imobilização da pessoa devem sempre ser executadas no estrito limite necessário para a aplicação da lei penal, sem excessos que, na prática, infelizmente ocorrem e que comprometem a integridade física do imputado.

⁷⁹ *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 360.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 294. No mesmo sentido: AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles*. Yale Law School Faculty Scholarship. Paper 949, 1998, p. 1098; VALENTE. Manuel Monteiro Guedes. Os direitos e liberdades fundamentais..., p. 137; DEU, Teresa Armenta. El proceso debido: Procesos acusatorio, mixto y adversativo. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporáneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014, p. 833.

A proibição à tortura e aos tratamentos desumanos ou degradantes é também decorrência lógica da aceção do direito à vida como o direito a se ter uma vida digna. O Poder Público (e também os particulares) não pode, ao impor medida coercitiva (por exemplo, ao realizar uma busca), submeter o indivíduo a tratamento desumano ou degradante a fim de tornar a diligência efetiva. Intimidações, agressões e práticas cruéis não podem ser impostas ao indivíduo para que este revele em qual compartimento de sua residência se encontra o objeto buscado, *e.g.* Da mesma forma, práticas degradantes ou vexatórias também são categoricamente proibidas, na esteira do exposto no parágrafo acima⁸¹.

A incolumidade moral, por fim, traduz-se naquilo que faz de cada um o que essencialmente é e, desta forma, permite-lhe inserir-se na vida social e na vida pública. Ela se encontra protegida tanto pelo mencionado direito à vida digna como pela proteção à honra da pessoa. Essa honra, por sua vez, é protegida em suas duas espécies, objetiva e subjetiva. A ofensa à primeira diz respeito à visão negativa criada pelo Estado ou terceiro de determinada pessoa pela sociedade, de “como ela é vista por seus pares”. A ofensa à honra subjetiva ataca a visão que o próprio indivíduo tem dele mesmo ou de alguém que lhe seja caro.

Como bem sintetiza Tercio Sampaio Ferraz Júnior, o “Direito à honra é, assim, direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja *ser bem-visto* pela sociedade. É uma combinação entre auto-respeito e respeito dos outros”⁸² (*g.a.*). No mesmo sentido, ensina José Afonso da Silva que a pessoa tem o direito de preservar sua honra e dignidade, ainda que fictícia, “até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade”⁸³.

⁸¹ Nesse sentido: AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1098; VALENTE. Manuel Monteiro Guedes. Os direitos e liberdades fundamentais..., p. 137; DEU, Teresa Armenta. El proceso debido..., p. 833.

⁸² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: n. 1, out./dez. 1992. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 88, jan./dez. 1993, p. 443.

⁸³ *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 209. A importância do respeito à privacidade é altamente ressaltada pela Suprema Corte norte-americana em *Terry v. Ohio* (1968), 392 U.S. 1: “essa Corte sempre reconheceu, ‘Nenhum direito é mais sagrado, ou mais cuidadosamente guardado, pela lei comum, que o direito de cada indivíduo da posse e controle de sua própria pessoa, livre de toda restrição ou interferência dos demais, salvo por uma clara e inquestionável autoridade da lei’ (*t.l.*).

Portanto, quando da execução de alguma medida investigatória, o Poder Público não pode se valer de meios vexatórios, seja em ambiente fechado, ofendendo e atacando a honra subjetiva do imputado (com agressões, xingamentos ou ameaças), seja em meio aberto, expondo o imputado e/ou seus familiares à vergonha, profundo constrangimento ou ao ridículo (atacando, assim, a honra objetiva do mesmo). Como conclui Manuel Valente: “A integridade pessoal – física ou moral – é afetada sempre que a ação do visado resulte de um condicionamento da autonomia da vontade, pelo que qualquer violação da liberdade de pensar, de decidir e de agir, promovida pelos operadores judiciários, gera uma proibição de prova”⁸⁴.

2.2.3. Intimidade e vida privada.

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo indivíduo, daí a expressa proteção constitucional. Sem privacidade não há condições propícias para que o sujeito desenvolva livremente sua personalidade. Como bem explicam Gilmar Mendes e Paulo Branco, a “exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas”⁸⁵.

Para parte da doutrina, privacidade e intimidade podem ser encarados como sinônimos⁸⁶. Em sentido contrário, há autores que sustentam que não devemos confundir os

⁸⁴ Os direitos e liberdades fundamentais..., p. 139. Como também conclui Armenta Deu, “ao Estado, que dispõe de todos seus recursos e poder, não se deve permitir que leve a cabo tentativas reiteradas de se obter a condenação de uma pessoa, submetendo-a conseqüentemente a vergonha, gastos e ‘provação’, além de obrigá-la a se submeter a um estado de ansiedade e insegurança” (*t.l.*) (*El Proceso Debido...*, p. 833).

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 319. No mesmo sentido, ensina Ada Pellegrini Grinover que a intimidade representa um aspecto vital do qual o indivíduo necessita para poder desenvolver sua personalidade livre e harmoniosamente, ao abrigo de interferências arbitrárias (*Provas ilícitas...*, p. 120).

⁸⁶ Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 35; COSTA JÚNIOR Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37 e ss. Segundo Costa Júnior, o bem tutelado em questão é apenas um, conquanto com ligeiras tonalidades diversas. Intimidade e vida privada seriam apenas dois momentos de um único direito, incluído o segundo no primeiro. As ofensas a essa intimidade em sentido amplo consistiriam, num primeiro momento, na interferência, penetração ou intromissão; e, em seguida, na divulgação. José Afonso da Silva também lembra a dificuldade em se distinguir vida privada de intimidade, uma vez que aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo (*Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 208).

institutos, uma vez que a intimidade está contida na privacidade, possuindo esta maior amplitude. Enquanto a privacidade diz respeito aos comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, o direito à intimidade se relaciona com as conversações e episódios mais íntimos do indivíduo, incluindo-se aqui as relações familiares e amizades mais próximas⁸⁷.

Ao fazer essa diferenciação, explica Tercio Sampaio Ferraz Júnior que o terreno da individualidade privativa é regido pelo princípio da exclusividade. Este visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Tal princípio, por sua vez, comporta três atributos principais: a solidão, o segredo e a autonomia.

Dentre os círculos concêntricos que compõem o campo da privacidade, o mais restrito deles é, justamente, a intimidade. Esta não exige publicidade, porque não envolve direitos de terceiros. Nos demais círculos, mais amplos, encontramos o direito ao nome, à imagem e à reputação. Tais direitos também são exclusivos (próprios), mas perante os demais indivíduos. Como explica o mencionado autor: “Como direito à privacidade, demarcam a individualidade *em face* dos outros. Ninguém tem um nome, uma imagem, uma reputação só para si mesmo, mas como condição de comunicação” (*g.a.*)⁸⁸.

Quanto ao direito ao segredo, Ada Pellegrini Grinover entende que a ilicitude se configura através do conhecimento ilegítimo das particularidades da vida privada, ao passo que, no direito à privacidade, a tônica da ilicitude é colocada sobre a divulgação das notícias, ainda que licitamente colhidas: “Em outras palavras, o direito ao segredo tutela a vida

⁸⁷ Segundo José Afonso da Silva, a Constituição parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. “A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de *vida privada*” (*g.a.*) (*Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 208). Para o autor, somente esta seria inviolável nos termos da Constituição. No mesmo sentido, ensina Cleunice Pitombo que “a intimidade é um valor e cada indivíduo guarda-lhe a medida, no encontro de si mesmo; ainda que imerso no mundo interior do próprio organismo, ou no exterior, ou dos outros. Diverso viés exibe a vida privada, eis que não privilegia a auto-consciência, mas, a convivência” (*Da busca e apreensão no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82). Entendendo serem valores diversos, mas reconhecendo a dificuldade prática de diferenciação das situações cotidianas em um ou outro campo: JÄGER, Christian. *Problemas Fundamentais...*, pp. 93-94.

⁸⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados..., p. 442. Exemplifica o doutrinador, ao concluir seu raciocínio, que a vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel) (Idem, pp. 442-443). Em posição ainda mais ampliativa, José Afonso da Silva afirma que o âmbito de proteção da presente inviolabilidade abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo (*Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 206).

privada da invasão ilegítima, enquanto o direito à reserva [privacidade] tutela a vida privada da divulgação, que já pressupõe a devassa”⁸⁹.

Como a Constituição Federal optou por separar expressamente a vida privada da intimidade, ao proclamar, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, filiamo-nos à segunda corrente doutrinária.

Além da expressa proteção constitucional, lembramos que tanto o direito à intimidade quanto o direito à vida privada integram os direitos da personalidade, sendo, portanto, essenciais ao indivíduo. Estes direitos são conferidos à pessoa pela ordem jurídica pelo simples fato de ser ela provida de personalidade jurídica, independentemente de outros requisitos.

Na esteira do já exposto, parte da doutrina entende serem dois os principais atentados ao segredo da vida privada: a divulgação, ou seja, levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; e a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar do indivíduo⁹⁰.

Ao executar busca pessoal ou domiciliar, a autoridade pública não poderá restringir indevidamente o direito à vida privada do indivíduo, devendo respeitar estritamente: o plano da intimidade, não apreendendo ou vasculhando objetos e documentos que digam respeito unicamente ao indivíduo e sua relação consigo mesmo; o direito à honra, como explicado no tópico anterior; o direito ao nome, não revelando-o àqueles não envolvidos na apuração e julgamento de eventual infração penal; e o direito à imagem, não

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 107. Para a autora, que, como visto, também diferencia os institutos, o direito ao segredo (ou “direito ao respeito da vida privada”) consiste no direito de impedir que a atividade de terceiro vise ao conhecimento e descoberta das particularidades da vida privada alheia. Por sua vez, o “direito à reserva” (ou “direito à privacidade”) é sucessivo ao direito ao segredo, consistindo em defender a pessoa da divulgação de notícias particulares, mas legitimamente conhecidas pelo divulgador (Idem, p. 107).
⁹⁰ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 208; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, pp. 101-102. Segundo José Afonso da Silva, “envolvem-se nessa noção também a proteção contra a *conservação* de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos” (g.a.) (*Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 208). No mesmo sentido, mas fazendo uma diferenciação a partir dos sujeitos violadores, ensina Ada Pellegrini Grinover que as lesões do direito à intimidade se colocam em dois aspectos: um primeiro concernente à autoridade pública, quer no campo do poder de polícia, quer no campo da atividade judiciária (uma vez que ao poder público atribuem-se poderes de interferência no âmbito de atividade do indivíduo, acabando por ferir certos interesses que se enquadram na esfera privada); e um segundo aspecto referente aos particulares, notadamente quando do conflito entre direito à intimidade e liberdade de imprensa (*Provas ilícitas...*, pp. 101-102).

se permitindo amplamente a exposição de medidas invasivas como a busca e a apreensão à intensa cobertura midiática.

Assevera Antoine Garapon que os processos se tornaram verdadeiras “cerimônias midiáticas”, elaboradas para moldar a opinião pública. Esta, lembra o autor, é versátil, emotiva e sensível à imagem. Apesar de ser uma força importante, não necessariamente é virtuosa e frequentemente compromete uma justiça imparcial. Trata-se, ainda, de uma visão que se revela tendencialmente binária: “sempre pronta a comover-se com a sorte de quem vê, é pouco dada a nuances e está pouco habituada à sutileza das análises políticas”⁹¹. Por conseguinte, os meios de comunicação social têm um papel importante na constituição da opinião pública.

Esse interesse do público e da mídia nos procedimentos penais, segundo Garapon, “é acentuado talvez por a ‘encenação judiciária’ ser particularmente fácil de assimilar por eles, visto remeter para um vocabulário moral alicerçado no fundo comum da humanidade e que transcende as culturas: o do bem e do mal, do sofrimento e do castigo, da vítima e do carrasco”⁹².

Cabe lembrar que a atividade dos meios de comunicação, em um primeiro momento, não pode ser tida como violadora de direitos fundamentais. A violação, todavia, advém do abuso e do excesso no exercício dessa atividade profissional. Além da violação à intimidade e à vida privada, a intrusiva participação da mídia em persecuções penais viola a presunção de inocência como “norma de tratamento” e como “norma de juízo”.

⁹¹ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional. Trad. Pedro Henriques. Instituto Piaget: Lisboa, 2002, pp. 81-82. No mesmo sentido: PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 162-163; XAVIER, Arnaldo. A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o Serviço Social. *Revista Katálysis*. Vol. 11, n. 2, 2008, p. 277. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2925249>. A opinião pública, ensina Garapon, varia de acordo com a realidade vivida pela população que a molda, sempre levando em conta as interações pessoais e a influência que a opinião alheia causa na formação da própria opinião do indivíduo. Trata-se, dessa forma, “do corpo imaginário do povo, a ficção que eu interiorizo na formação dos meus próprios juízos. Eu só posso ter uma opinião a partir da ideia que tenho das minhas relações com os outros. Assim, a opinião revela aquilo que sei ou julgado saber do grupo, ou, mais exactamente, dos grupos a que pertença. Mas estes não têm necessariamente a homogeneidade que eu lhes atribuo...” (*Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, p. 86).

⁹² GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, p. 81. Tanto essa preocupação é evidente que o autor afirma que o “primeiro gesto da justiça” é justamente “delimitar um espaço sensível que mantenha à distância a indignação moral e a cólera pública, dedicar tempo a isso, estipular as regras do jogo, estabelecer um objectivo e instituir actores” (*Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Henriques. Instituto Piaget: Lisboa, 1997, p. 19).

Como “norma de tratamento”, a presunção de inocência impõe a todos que atuem na persecução penal que preservem todos os direitos garantidos pela Constituição e cujo titular é o imputado. Não se pode expô-lo à mídia em condições que o aproximem à situação de culpado. Segundo o Maurício Zanoide de Moraes, antes de existir acusação formal, os meios de comunicação deveriam se limitar a informar o fato ocorrido, sem qualquer identificação da pessoa. Veda-se, ainda, a exposição da imagem pejorativa de pessoas algemadas, carregadas e expostas de forma a representarem um troféu da autoridade pública que efetuou a prisão⁹³.

Já a presunção de inocência como “norma de juízo” poderá restar violada pois o juiz é passível de sofrer vários tipos de influência no instante de decidir, não sendo de se desconsiderar a força que os meios de comunicação produzem e projetam nesse momento: “Muitas vezes a ‘verdade’ perde espaço para a versão criada, e mesmo a prova dos autos perde espaço para a imagem construída ao feitio de uma capa de jornal ou de revista periódica”⁹⁴.

A busca e a apreensão são indubitavelmente restrições impostas à intimidade e à vida privada do indivíduo, as quais devem ser idoneamente fundamentadas pela autoridade judiciária que as autoriza ou pela autoridade policial que as realizar sem o prévio mandado. Excessos e constrangimentos são atitudes ilegais, que invalidam a medida. Ainda que se possa entrar em casa alheia, ou proceder a revista pessoal, não se pode divulgar fatos relacionados com a vida privada, eventualmente obtidos na diligência, sem relação com o

⁹³ *Presunção de inocência...*, p. 511. Com entendimento semelhante, conclui Geraldo Prado que, na maioria dos casos, a prova penal, conforme é tratada cotidianamente, nada mais serve do que de pretexto para “justificar discursivamente condenações que parecem cumprir o vaticínio dos oráculos da mídia tradicional ou da retórica do senso comum” (A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Empório do Direito/Rei dos Livros*, 2015, p. 24).

⁹⁴ ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Presunção de inocência...*, p. 512. O autor ainda lembra que essa influência (leia-se, violação à presunção de inocência como “norma de juízo”) ganha maior importância quando se está diante de julgamento cuja competência é do Tribunal do Júri, pois, além dos juízes serem leigos e, portanto, não possuírem o necessário preparo técnico para neutralizarem pressões externas, não fundamentam suas decisões, dificultando às partes o controle de sua racionalidade jurídica (Ibidem, pp. 509-515). Para uma análise aprofundada do tema, ver item 5.5.1.1 (“Restrições da presunção de inocência como ‘norma de tratamento’: violação pelo abuso na exposição midiática”) da obra mencionada. No mesmo sentido: AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1098; GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas...*, pp. 108-111; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, pp. 68-69; VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 502; GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, pp. 71-95; PRADO, Geraldo. *A quebra da cadeia de custódia...*, p. 24.

fato investigado. Nem, tampouco, expor ou divulgar quaisquer ocorrências relativas a outras pessoas, que habitam a mesma casa mas que não se acham sujeitas à perseguição penal⁹⁵.

Crítico da atividade policial moderna, que frequentemente viola a privacidade alheia mesmo ausentes os pressupostos constitucionais, conclui sobre a garantia em análise Luís Carlos Valois, fazendo-o associando privacidade e dignidade da pessoa humana, que: “A privacidade é o primeiro e maior escudo de nossa dignidade, e quando se permite violá-la, ambas, privacidade e dignidade, restam feridas. Se a um policial é permitido meter a mão no bolso da bermuda, da camisa, ou perquirir sobre o que há na cueca de alguém, violam-se os limites da privacidade e da dignidade, não sendo mais possível qualquer exame a respeito dos níveis de excesso porventura observáveis”⁹⁶.

2.2.4. Inviolabilidade do domicílio.

A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade civilizada. Como consagrou o Juiz Jackson, da Suprema Corte norte-americana: “Esses direitos [protegidos pela Quarta Emenda, a qual,

⁹⁵ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, p. 83. Em consonância com o exposto, prevê o legislador pátrio, no artigo 248 do Código de Processo Penal, que “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”. No mesmo sentido o artigo 249, o qual dispõe que “A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência” e, ainda, o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais atos ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei”. De maneira semelhante também já entendeu a Suprema Corte norte-americana, em *Grissold v. Connecticut* (1965), 381 U.S. 479; *Schwartz v. Board of Examiners* (1957) 353 U.S. 232; e *NAACP v. Alabama* (1958), 357 U.S. 449. Na Itália, também nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970, Buenos Aires, p. 70; FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 184-185. Felicioni ainda destaca o artigo 79 do CPP italiano, o qual dispõe que as inspeções e buscas pessoais devem ser realizadas por uma pessoa do mesmo sexo do sujeito passivo da medida, salvo nos casos de uma “peremptória inadiabilidade” (Idem, p. 186). Na Espanha, também nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 365. Os autores destacam o artigo 552 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), segundo o qual, “na realização da busca domiciliar, deverão ser evitadas as inspeções inúteis, procurando-se não prejudicar ou importunar o interessado mais do que o necessário, e se adotarão todas as formas de precaução para não se comprometer sua reputação, respeitando-se seus segredos que não interessem à instrução processual” (t.l.).

⁹⁶ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 466. No mesmo sentido, explica Geraldo Prado que a ampliação de um âmbito de punição com fins de atender a opinião pública não justifica o preço da violação da legalidade processual penal. Esta tem, nesse ponto, *status* equivalente à legalidade penal, porque ambas gozam de uma ancestralidade comum inerente à tutela da dignidade da pessoa humana (*Presunción de Inocencia el Derecho Procesal Penal...*, p. 5)

por sua vez, consagra a proteção do domicílio e da vida privada do cidadão], eu afirmo, não são direitos de segunda classe, mas pertencem ao catálogo das liberdades indispensáveis (...). Buscas e apreensões descontroladas são a primeira e mais efetiva arma no arsenal de qualquer governo arbitrário (...). [A] personalidade humana se deteriora e a dignidade e autoconfiança desaparecem onde casas, pessoas e suas posses estão sujeitas a buscas e apreensões a qualquer hora e incondicionadas pela polícia” (*t.l.*)⁹⁷.

Cabe deixar claro, no início desta exposição, que o objeto de tutela não é apenas a propriedade, mas, principalmente, o respeito à personalidade, de que a esfera privativa e íntima é aspecto nuclear. Engloba, assim, a tutela da intimidade, da vida privada e da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e da tranquilidade⁹⁸.

Reza a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XI, que “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Do texto constitucional podem ser feitas diversas reflexões.

Como lembra a doutrina, e já decidido reiteradas vezes pelos tribunais, o sentido constitucional de casa é muito mais amplo do que aquele atribuído ao domicílio no direito privado, previsto no artigo 70 do Código Civil.

⁹⁷ *Brinegar v. United States* (1949) 338 U.S. 160, pp. 180-181. Para deixar mais claro o objeto do julgado, reproduzimos em tradução livre o texto da Quarta Emenda, o qual dispõe que: “O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas”. David E. Steinberg afirma, inclusive, que esse texto foi idealizado exclusivamente para a proteção do domicílio, de modo que a Quarta Emenda deveria ser aplicada apenas aos casos de buscas domiciliares. Assim, muitos dos problemas atuais relacionados aos institutos da busca e da apreensão decorreriam de uma indevida transposição da Quarta Emenda a situações que, originalmente, não se almejava abarcar por parte do legislador. Para maiores detalhes, ver: STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment: the Original Understanding Revisited*. Hastings Constitutional Law Quarterly. Vol. 33, n. 1, 2005, pp. 47-82.

⁹⁸ Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte norte-americana que a Quarta Emenda “protege pessoas, não lugares. O que uma pessoa abertamente expõe para o público, mesmo em sua própria casa ou escritório, não é objeto de proteção da Quarta Emenda. Mas o que ele procura preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, deve ser constitucionalmente protegido” (*t.l.*) (*Katz v. United States* (1967) 389 U.S. 347, pp. 351-352). Segundo José Afonso da Silva, a garantia da inviolabilidade domiciliar se encontra no âmbito do amplo direito à segurança. Trata-se, efetivamente, de uma garantia instrumental, composta por um “conjunto de direitos que aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)” (*Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 437).

Inicialmente, entendeu-se por bem utilizar o conceito de casa fornecido pelo Código Penal, segundo o qual a expressão “casa” compreende qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e o compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (artigo 150, § 4º).

Todavia, também essa conceituação do CP foi ampliada com o passar dos anos, para passar a abranger locais e objetos que se entende gozarem da proteção constitucional, a despeito de não se encaixarem perfeitamente na previsão legal. A título exemplificativo, havendo evidências certas de que integra o ambiente da residência, o pátio da casa deve ser local protegido pela inviolabilidade domiciliar⁹⁹. Também a conhecida boleia do caminhão, para a maioria da doutrina e com uma tendência crescente na jurisprudência, equipara-se ao domicílio na hipótese de encontrar-se o motorista em viagem prolongada, valendo-se da cabine do veículo como dormitório, lá possuindo seus objetos pessoais, roupas e material de higiene. Mesmo entendimento de equiparação vem sendo reconhecido às repartições públicas, aos trailers, às cabines de barcos, aos *motor homes* e afins¹⁰⁰.

Como bem sintetiza Cleunice Pitombo, deve-se entender que a expressão casa designa qualquer lugar que, de um modo ou de outro, sirva de residência ou morada. Todo

⁹⁹ Nos Estados Unidos, país em que é comum a ausência de muros protegendo as residências, o entorno destas (denominado *curtilage*) também é tutelado pela Quarta Emenda, entendimento reafirmado alguns anos atrás pela Suprema Corte norte-americana em *Florida v. Jardines* (2013) 133 S. Ct. 1409. Por outro lado, já decidiu o Supremo Tribunal espanhol que a garagem não pertence ao âmbito de privacidade constitucionalmente tutelado (*Sentencia del Tribunal Supremo* (doravante STS) 2513 de 11 de novembro de 1993 – RJ 1993, 8661).

¹⁰⁰ Nesse sentido: PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, p. 68; DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way with the Global Positioning System: United States v. Jones Retreats to the “Classic Trespassory Search”*. *Michigan Journal of Race & Law*, Vol. 19, n. 113, 2013, p. 120; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 346; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 711-712; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 146. Já na primeira metade do século XX, ensinava Vincenzo Manzini que “A busca [pessoal] pode ser feita tanto nos objetos que a pessoa possui ou carrega (roupas, bagagem, etc.) quanto nos meios de transporte de que se serve (e que não constituam lugares de habitação, como os carros dos nômades” (*t.l.*) (*Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 702). E a busca domiciliar, lembra o autor, “é a que se leva a cabo em uma habitação ou nos lugares fechados adjacentes a ela (...), ou em outros lugares fechados em que se desenvolva a vida ou a atividade de uma ou várias pessoas” (*t.l.*) (Idem, pp. 705-706). Em nossos tribunais, já decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ser “indispensável o mandado judicial quando o veículo for utilizado para moradia do investigado, como é o caso de cabines de caminhão, barcos e trailers” (HC 216.437/DF. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, j. 20.09.2012). Em recente julgado, tal entendimento foi ratificado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na decisão do RHC 117.767/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.10.2016. Entendimento parcialmente semelhante já esposou o Supremo Tribunal espanhol, nas SSTS 334 de 15 de abril de 2013, de 5 de novembro de 2009, de 5 de fevereiro de 2003 (RJ 2003, 1725), 26 de fevereiro de 2002 (RJ 2002, 3585) e 28 de janeiro de 2000 (RJ 2000, 724). Parcialmente porque, no que se refere à cabine de caminhão, já entendeu o referido tribunal tal compartimento não ser considerado domicílio (STS de 10 de fevereiro de 1994). Também quanto às embarcações, há julgados no sentido de, caso sejam utilizadas apenas para fins ilícitos, sem finalidades de convivência com a família ou amigos, não haverá a proteção constitucional, ainda que em seu interior estejam presentes lugares fechados como quartos e banheiros (SSTS 1108/1999, 1534/1999 e 1776/2000).

lugar que o indivíduo possa ter como refúgio e se agasalhar contra a ingerência de terceiros, ainda que local de trabalho¹⁰¹. Fato é que, qualquer que seja o objeto, deve-se ter em mente que a inviolabilidade domiciliar é um direito fundamental, e como tal deve ser interpretado em termos mais favoráveis ao seu titular, orientando-se pela máxima do *in dubio pro libertatis*.

Nessa seara, parte da doutrina espanhola elenca como principais notas a respeito da proteção jurídica do domicílio as seguintes: basta que este se trate de um lugar fechado, sendo indiferente suas dimensões ou características¹⁰²; que em seu interior se desenvolva a vida íntima da pessoa, cujo âmbito esta só queira partilhar com seus familiares ou pessoas próximas¹⁰³; que é indiferente que o local seja frequentado habitualmente ou de maneira esporádica; que a proteção deva ser estendida a todas as dependências do local habitado, sempre que estejam a serviço de seus moradores e tenham comunicação com o interior da residência; e que haja voluntariedade em sua ocupação por parte dos moradores¹⁰⁴.

O inciso XI do artigo 5º da nossa Constituição Federal também aponta pela necessidade de a busca ser realizada no período diurno. No mesmo sentido é o texto do *caput* do artigo 245 do Código de Processo Penal, que prevê que as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite. Neste caso,

¹⁰¹ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, p. 68. Exemplifica a autora que a expressão “casa” deve abranger: (a) a habitação definitiva, ou morada transitória; (b) a casa própria, alugada ou cedida; (c) dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas, ou muradas; (d) qualquer compartimento habitado; (e) aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis e em casas de pousada; (f) estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; (g) local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; (h) barco, trailer, cabine de trem ou navio e barraca de acampamento; (i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal (Idem, p. 72). Nesse sentido, já entendeu o Supremo Tribunal espanhol que se considera domicílio, para fins de proteção à sua inviolabilidade, o lugar fechado que constitua a moradia de uma pessoa ou família, onde desenvolvam suas atividades íntimas da vida diária, imune a toda e qualquer forma de intromissão alheia que perturbe sua privacidade (STS de 5 de fevereiro de 2003 – RJ 2003, 1725).

¹⁰² Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, o traço essencial que define o domicílio é delimitado negativamente, ou seja, fixando-se quais espaços não podem ser considerados domicílios. Conclui o referido tribunal que: “O próprio caráter instrumental da proteção constitucional do domicílio para o respeito da proteção da intimidade pessoal e familiar exige que, independentemente da configuração física do espaço, [será este um domicílio] se seus sinais externos revelarem a clara vontade de seu titular de excluir dito local e a atividade nele desenvolvida do conhecimento e intromissão de terceiros” (*t.l.*) (STC 10, de 17 de janeiro de 2002 – RTC 2002, 10). No mesmo sentido: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal*. Cizur Menor, Navarra: Thomson/Aranzadi, 2004, p. 1216.

¹⁰³ A exigência de tal requisito já resultou em decisório do Supremo Tribunal espanhol no sentido de que a dispensa, como peça separada do domicílio e destinada apenas a armazenar objetos sem qualquer utilidade para a família, não seria protegida pela inviolabilidade domiciliar (STS de 29 de maio de 2007).

¹⁰⁴ Essa ausência de voluntariedade em ocupar determinado espaço fechado é que vem sendo invocada para negar o reconhecimento da cela de um presídio como domicílio do preso para fins de se reconhecer a inviolabilidade domiciliar (SSTS de 11 de outubro de 1994 e de 6 de abril de 1998). Nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 347.

acrescenta Vincenzo Manzini que o agente policial ainda deverá “indicar detalhadamente o motivo de ter de realizar a busca pessoal ou domiciliária à noite” (*t.l.*)¹⁰⁵.

Ante a ausência de conceituação legal que delimite o período do dia e da noite, a doutrina apresenta diversas soluções.

Um setor doutrinário considera dia o período entre as seis horas da manhã e as seis horas da tarde¹⁰⁶. Também há posições entendendo que o dia é compreendido como o “período que medeia o alvorecer e o anoitecer”¹⁰⁷.

Buscando uma finalidade de maior proteção ao domicílio durante a noite, parte da doutrina ainda entende por uma aplicação conjunta de ambos os critérios anteriores, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que ainda não seja noite (*e.g.*, nos meses em que há o horário de verão)¹⁰⁸.

A maior parte da doutrina, no entanto, tem entendido por bem aplicar, por analogia, o artigo 212 do Código de Processo Civil, que fixa o horário em que podem ser praticados os atos processuais, para se considerar dia o período das seis horas da manhã às oito horas da noite¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 700. No mesmo sentido, assevera Paola Felicioni que o mandado deve explicitar os motivos fundadores da urgência da medida aptos a autorizar que a mesma ocorra fora do período diurno (*Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 164). Também em: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Os direitos e liberdades fundamentais...*, pp. 142-143.

¹⁰⁶ Nesse sentido: BENTO DE FARIA. *Código de Processo Penal*. 2 ed. V. I. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 359; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3 ed. V. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 97; e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 437.

¹⁰⁷ Nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 709; NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de processo penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 96; BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, p. 357; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 333; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 522. Criticando bastante a posição desses autores, dada a indeterminabilidade do conceito frente às diversas condições geográficas e geoclimáticas presentes no território brasileiro, Aury Lopes Júnior entende ser “inconcebível tal abertura quando se trata de exercício de poder e restrição de direitos fundamentais, sendo imperiosa a aplicação analógica para assegurar limites ao poder persecutório” (*Direito Processual Penal...*, p. 721). Cleunice Pitombo lembra que “há determinadas localidades no mundo, em certa fase do ano, onde o sol nunca desaparece; nem por isso se pode admitir a entrada a qualquer hora pela ausência de escuridão” (*Da busca e da apreensão...*, p. 211).

¹⁰⁸ Nesse sentido: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 114; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...*, 2009, p. 56.

¹⁰⁹ Filiam-se a essa posição (embora ainda fazendo remissão ao artigo 172 do CPC de 1973): LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 721; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 349; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 153; e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. V. II. São Paulo: Saraiva, p. 449.

Independentemente da posição adotada, certo é que o legislador processual penal, a exemplo do que ocorre no CPC, deveria ter optado por estipular horário para a realização da busca e da apreensão. Diminuir-se-ia, assim, o risco de arbítrio, ou a possibilidade de abuso¹¹⁰. Acertadamente, o Projeto de Lei do Senado 156/09 adota expressamente um critério fixo de tempo, em consonância com a última posição doutrinária apresentada, ao dispor em seu artigo 235 que “As buscas domiciliares serão executadas entre 6 (seis) e 20 (vinte) horas, salvo se o morador consentir que se realizem em horário diverso (...)”¹¹¹.

Ainda com enfoque no texto constitucional, observamos que, em caso de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro, dispensa-se a necessidade de consentimento do morador, o critério astrofísico, bem como a necessidade de autorização judicial.

As questões referentes ao consentimento do morador e à busca autorizada pela presença do flagrante suscitam inúmeras dúvidas, razão pela qual serão abordadas em itens próprios desta dissertação.

Em situações de desastre ou de prestação de socorro, vemo-nos, novamente em uma situação de tensão entre direitos fundamentais: de um lado, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do indivíduo (resguardadas, amplamente, pela inviolabilidade do domicílio); e, de outro, a vida, a saúde e a incolumidade física e mental da pessoa (ameaçadas pela situação de desastre ou por outro perigo que demande a prestação de socorro)¹¹².

Nesses casos, a própria CF optou por realizar previamente o exame de proporcionalidade, restringindo licitamente aqueles direitos resguardados pela inviolabilidade domiciliar e priorizando, assim, a incolumidade física e mental do indivíduo

¹¹⁰ Nesse sentido: PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, pp. 212-213.

¹¹¹ O PLS 156/2009, texto a que faremos referência em outras situações desta dissertação, tem como seu conteúdo um projeto de novo Código de Processo Penal, em substituição ao CPP vigente. Todavia, até o momento da elaboração desta dissertação, ainda tramitava em nosso Congresso Nacional. Manuel Valente afirma que, na ordem jurídica portuguesa, com a promulgação da Constituição vigente e a previsão da 2ª parte, do inciso 3 do artigo 34 do referido diploma, entende-se por não recepcionado a alínea *c*, do inciso 3 do artigo 177 do CPP português. Este admitia a realização de buscas domiciliares no período noturno em situações de flagrante delito pela prática de crime punível com prisão e pena máxima de 3 (três) anos. Todavia, o texto constitucional é mais restrito, admitindo a citada busca excepcional em situações de flagrante delito de casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada. O período em que se considera noite, todavia, inicia-se às 21h00 e perdura até as 7h00 (*Os direitos e liberdades fundamentais...*, pp. 141-142).

¹¹² Podemos incluir nesse segundo polo de tensão constitucional, ainda que com certa ressalva, também o patrimônio do indivíduo. Basta lembrarmos de situações de desastre que os vizinhos ou equipes de salvamento adentram o domicílio da pessoa para ajudá-la a resgatar seus pertences de maior valia (econômica ou moral).

e, principalmente, a vida do mesmo, direito este que é pressuposto para o exercício dos demais, como explicado no item 2.2.2.

Por fim, fora das situações excepcionais previstas na Constituição Federal, a perpetração de uma invasão domiciliar está sujeita à denominada cláusula de reserva jurisdicional, consistente na expressa previsão de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para sua decretação, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, nos moldes do requisito extrínseco da proporcionalidade denominado judicialidade, conforme abordado no tópico 2.1. Dessa forma, polícia, Ministério Público, administração tributária e Comissões Parlamentares de Inquérito ou seus representantes estão todos proibidos de invadir domicílio alheio, sem autorização judicial, fora das exceções constitucionalmente previstas¹¹³.

2.2.5. Inadmissibilidade das provas ilícitas.

Paralelamente aos direitos anteriormente mencionados, vige em nossa ordem jurídica processual o direito à prova, o qual pode ser conceituado, em um primeiro momento, como “o conjunto de oportunidades oferecidos às partes pela Constituição e pela lei, para que possam demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação a fatos relevantes para o julgamento”¹¹⁴. Todavia, como todo direito fundamental, também o direito à prova é passível de restrições, daí o desenvolvimento das teorias acerca da ilegalidade da prova.

¹¹³ Diversamente da brasileira, a Constituição Italiana de 1947, em seus artigos 13 e 14, não prevê quaisquer exceções, apenas remetendo à lei regulamentar as hipóteses autorizadoras de uma busca e/ou apreensão. Em tradução livre: “Art. 13. A liberdade pessoal é inviolável. Não se admite forma alguma de detenção, inspeção ou busca pessoal, nem nenhuma outra restrição da liberdade pessoal senão por ato motivado da autoridade judicial e unicamente nos casos e modos previstos em lei”; “Art. 14. O domicílio é inviolável. Não podem ser nele executadas inspeções, buscas ou apreensões, senão nos casos e modos estabelecidos pela lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal”.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46. As provas, por sua vez, são os meios através dos quais as partes e o juiz tentarão reconstruir um fato passado, narrado na peça acusatória. É por meio das provas que se cria condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. Como ensina Aury Lopes Júnior, “o processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença” (*g.a.*) (*Direito Processual Penal...*, p. 536). Trataremos com maiores detalhes do direito à prova no item 3.4 desta dissertação.

Na visão de Ada Pellegrini Grinover, de duas maneiras pode ser regulado o sistema de legalidade das provas: determinadas modalidades para a admissibilidade das provas podem ser positivamente estabelecidas ou o material probatório pode ser selecionado negativamente, através de uma série de regras de exclusão. Observa a autora que, do ponto de vista histórico, as ordens jurídicas processuais do direito continental europeu desenvolveram sistemas positivos, com a determinação *a priori* da eficácia das provas. O direito anglo-saxão, pelo contrário, conheceu de forma diferente as provas legais e desenvolveu, para afastar um incremento do risco de falibilidade do juízo, o sistema de *exclusionary rules* (“regras de exclusão”)¹¹⁵, o qual abordaremos posteriormente.

Em âmbito europeu, vigorou durante o século XX a ideia de que o condicionamento aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor da investigação da verdade, mesmo que baseada em meios ilícitos¹¹⁶. Reputava-se válida e eficaz, portanto, a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis por sua obtenção.

Essa visão foi muito bem condensada por Franco Cordero, na exposição da chamada teoria do *male captum, bene retentum* (“mal colhida, mas bem conservada”): como não havia sanção processual para a violação da regra de direito material, o autor da lesão seria punido no plano do direito material, mas a prova ilícita introduzida no processo era validamente valorada¹¹⁷. Nas palavras do autor italiano: “é necessário verificar os poderes do órgão jurisdicional, que são mais amplos do que aqueles da polícia (...). Admitido que o auxiliar se apoderou ilicitamente das provas e que a posse, portanto, seja ilícita, a aquisição por parte do juiz (que poderia determinar a apreensão) interrompe a sequência: o ato do funcionário era e resta ilícito, mas se pode dispor validamente da prova porque o juiz, no instante em que a adquire, age segundo a medida dos seus poderes” (*t.l.*)¹¹⁸.

¹¹⁵ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 86; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade*. Texto apresentado na XXI Conferência Nacional dos Advogados, p. 4. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-7505.pdf>.

¹¹⁶ Nesse sentido: AVOGLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44; LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 596.

¹¹⁷ Nesse sentido: CORDERO, Franco. CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Giuffrè: Milano, 1963, pp. 98-99; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 284.

¹¹⁸ CORDERO, Franco. Dialogo sulle prove. In: *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 78. Também em: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, pp. 98-99. A título exemplificativo, comentava Vincenzo Manzini acerca do CPP italiano então vigente: “Se os agentes policiais realizam uma apreensão, por iniciativa própria ou por delegação, devem eles observar, durante a execução, na medida do

Dessa forma, conclui-se que a prova ilícita apenas encontraria sanção processual, quando, a um só tempo, também fosse ilegítima¹¹⁹. Nesse momento, cabe a abertura de parênteses para a exposição dos conceitos e diferenciações acerca da prova ilícita e da prova ilegítima.

Segundo a terminologia no Brasil consagrada por Ada Pellegrini Grinover, a qual se embasou na doutrina italiana de Pietro Nuvolone, prova ilegal (ou prova vedada) é qualquer prova contrária à lei. Trata-se de conceito amplo, de modo que a prova ilegal ainda se subdivide em prova ilegítima (aquela produzida com violação de normas processuais) e prova ilícita (aquela obtida com violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais)¹²⁰.

Do ponto de vista do direito substantivo, a prova ilícita será colhida com infringência de normas ou princípios previstos na Constituição para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Assim, a obtenção da prova ilícita acarreta, normalmente, o cometimento de um delito (*e.g.*, violação de domicílio ou tortura)¹²¹. Violada a norma material, haveria uma sanção, portanto, de direito material, qual seja, o agente responderia pelo crime praticado. Por outro lado, desrespeitada uma norma processual, haveria uma sanção de direito processual, *e.g.*, a nulidade de uma prova testemunhal.

Ocorre que, ao assegurar a “inadmissibilidade processual da prova ilícita”, a Constituição Federal estabeleceu um elo entre os planos material e processual, porque a inadmissibilidade é uma sanção processual para, no caso, a violação de uma norma de direito

possível, as normas de instrução formal (art. 222), o que significa que, se tais normas não tiverem sido observadas, a apreensão será igualmente válida, ressalvada a aplicação das sanções disciplinares estabelecidas no art. 229” (*t.l.*) (*Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 720). Entendimento semelhante vigorou nos Estados Unidos durante o chamado “regime de *Wolf v. Colorado*”, em que os tribunais eram relativamente livres para admitir provas inconstitucionalmente obtidas (*Wolf v. Colorado* (1949), 338 U.S. 25). Criticando esse período, salienta Dallin H. Oaks: “O defeito evidente da regra de *Wolf v. Colorado* era a dificuldade em se persuadir alguém de que as garantias da Quarta Emenda foram efetivamente pretendidas e importantes, uma vez que não havia sanção para sua violação” (*t.l.*) (*Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*. The University of Chicago Law Review. Vol. 37, No. 4, 1970, p. 711).

¹¹⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. In: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, pp. 134-135. Gustavo Badaró ainda lembra que essa distinção já foi expressamente acolhida pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 69.912-0/RS (*Processo Penal...*, p. 284). Já Paulo Rangel divide o gênero “prova ilegal” em três espécies: prova ilícita (ofensa ao direito material); prova ilegítima (ofensa ao direito processual em si); e prova irregular (descumprimento de formalidade legais exigidas) (*Direito processual penal...*, p. 417). Na visão deste último autor, a busca cumprida em desacordo com o disposto no artigo 243 do Código de Processo Penal seria caso de prova irregular.

¹²¹ CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 1ª ed. Giuffrè: Milano, 2012, pp. 108-109.

material. As provas ilícitas são, portanto, atualmente sancionadas tanto no plano material quanto no plano processual¹²².

Ainda que o texto constitucional assim determine, ele não explicita a consequência que deriva da admissão dessa prova ilícita no processo. Diante disso, parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que a prova ilícita não é sequer tida como prova, considerando-a um não ato, uma não prova, que a conduz à categoria de inexistência jurídica¹²³.

Fechados os parênteses, conclui Gustavo Badaró que, para a corrente do *male captum, bene retentum*, há, como efeito dos conceitos clássicos, um isolamento dos planos material (prova ilícita) e processual (prova ilegítima), inclusive no tocante à sanção pelo desrespeito à norma¹²⁴.

Diferentemente, já num primeiro momento no direito norte-americano entendeu-se que, reconhecida a ilicitude de uma prova, esta não poderia ingressar nos autos do processo (inadmissibilidade). Embora seu embrião seja o caso *Boyd v. United States*, em 1886, foi entre 1914 e 1969 que a Suprema Corte Norte-Americana formulou a teoria das *exclusionary rules*, a qual demandava a exclusão das provas erroneamente apreendidas pelos agentes públicos, em violação à Quarta Emenda da Constituição Norte-Americana¹²⁵. Esta

¹²² Nesse sentido, observa Ada Pellegrini Grinover: “ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a *inadmissibilidade*) para a ilicitude material” (g.a.) (*Provas ilícitas...*, p. 540). Paolo Tonini ainda aborda a chamada “inutilizabilidade” da prova, apresentando-a como um tipo de invalidade que tem a característica de atingir não o ato em si, mas seu valor probatório: “O ato pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja, servir de fundamento para a decisão do juiz” (*A Prova no Processo Penal Italiano...*, p. 76). Com entendimento semelhante, Vicente Gimeno Sendra inclui a prova obtida mediante vulneração de direitos e/ou garantias fundamentais no âmbito da “proibição de valoração da prova”: “constitui clara hipótese de ‘**proibição de valoração da prova**’ (*Beweisverwertungsverbot*) a que se obteve mediante vulneração de garantias constitucionais, tais como a inviolabilidade de domicílio e o sigilo das comunicações (...), com violação de direitos fundamentais (...), ou por meios que a Constituição proíbe” (t.l.) (g.a.) (*El Derecho a la presunción de inocencia en Perú y en España*. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014, pp. 762-763).

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138. No âmbito processual civil, Candido Rangel Dinamarco entende que o reflexo processual da ilicitude na obtenção ou manipulação das fontes de prova é a *absoluta ineficácia da prova realizada através delas*, e não sua inexistência ou nulidade (g.a.) (*Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49). Entendendo ser caso de nulidade da prova: SENDRA, Vicente Gimeno. *El Derecho a la presunción de inocencia...*, p. 763.

¹²⁴ *Proceso Penal...*, p. 284.

¹²⁵ SELIGMAN, Kathryn. *The rise and fall of the exclusionary rule: can it survive Hudson, Herring, & Brendlin?* First District Appellate Project, 2010, p. 1. Disponível em: http://www.fdap.org/downloads/articles_and_outlines/Seminar2010-ExclusionaryRule.pdf. O caso *Boyd v. US*, lembra a autora, restou isolado, tendo a jurisprudência afastado as *exclusionary rules* nos casos que se seguiram, como em *Adams v. New York*, em 1904. Foi a partir de *Weeks v. United States*, em 1914, que as

entrou em vigor na ordem jurídica norte-americana em 1791, quando da promulgação do *Bill of Rights*, e está intimamente ligada à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, como comentamos no item anterior desta dissertação, motivo pelo qual a própria teoria foi desenvolvida embasada em buscas ilegais.

Os juízes que formularam as regras de exclusão acreditavam, em sua essência, que é melhor ver livres algumas pessoas culpadas do que aceitar ou encorajar violações à Quarta Emenda. Como decidido em *Mapp v. Ohio*: “O criminoso ficará livre, se necessário, mas será a lei que o manterá livre. Nada pode destruir mais rapidamente um governo do que sua falha em observar suas próprias leis, ou pior, seu desprezo pela carta régia de sua própria existência” (*t.l.*)¹²⁶.

Já em *California v. Minajares* (1979), o motivo determinante da adoção das *exclusionary rules* foi diversamente interpretado pelos tribunais: “A vantagem das regras de exclusão – inteiramente desvinculada de qualquer efeito desencorajador – é prover uma oportunidade de revisão judicial e dar credibilidade às garantias constitucionais. Por demonstrar que a sociedade atribuirá sérias consequências às violações de direitos constitucionais, as regras de exclusão invocam e ampliam a moral e a força educativa da lei” (*t.l.*)¹²⁷.

A título conclusivo, e embasado nas duas ideias antagônicas acerca do aproveitamento das provas ilícitas acima expostas, Antonio Scarance Fernandes apresenta quatro correntes fundamentais acerca do tema: “1ª) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime

exclusionary rules ganharam aceitação para os casos posteriores. No caso em questão, policiais realizaram uma busca na casa do réu sem mandado judicial, a qual resultou na apreensão de papéis incriminadores. O acusado foi processado pelo uso ilegal de correspondência. A Suprema Corte, todavia, entendeu que os papéis deveriam ser restituídos ao imputado e excluídos do processo (*Weeks v. United States* (1914) 232 U.S. 383). No mesmo sentido: DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way with the Global Positioning System...*, pp. 116-117; e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Prova ilícita...*, p. 4.

¹²⁶ *Mapp v. Ohio* (1961) 367 U.S. 643. No mesmo sentido: *Olmstead v. United States* (1928) 277 U.S. 438. No âmbito da busca e da apreensão, o desenvolvimento das *exclusionary rules* teve dois grandes objetivos: num primeiro momento, na esteira do exposto, visava-se uma garantia da integridade da justiça, no sentido de que o Estado não poderia se valer de técnicas ilícitas como as que pretende combater, de modo que a admissão da prova colhida em uma busca ilegal poderia resultar numa perda de credibilidade da Administração perante a sociedade e, ainda, vir a incitar a anarquia (entendimento predominante até *Mapp v. Ohio*); posteriormente, a Suprema Corte passou a entender que o fundamento principal para não se admitirem provas obtidas mediante buscas ilegais é dissuadir a atuação abusiva dos policiais e, assim, diminuir o número de invasões domiciliares e revistas pessoais arbitrárias (notadamente após *Johnson v. New Jersey* (1966) 384 U.S. 719 e *Stovall v. Denno* (1967) 388 U.S. 293). Para maiores detalhes, ver: OAKS, Dallin H. *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*. The University of Chicago Law Review. Vol. 37, No. 4, 1970.

¹²⁷ *California v. Minajares* (1979), 443 U.S. 916. No mesmo sentido: OAKS, Dallin H. *Studying the Exclusionary Rule...*, p. 755.

eventualmente cometido (CORDERO, TORNAGHI, MENDONÇA LIMA); 2ª) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (NUVOLONE, FREDERICO MARQUES, FRAGOSO, PESTANA DE AGUIAR); 3ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (CAPPELLETTI, VIGORITTI, COMOGLIO); 4ª) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (BAUR, BARBOSA MOREIRA, RENATO MACIEL, HERMANO DUVAL, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO)”¹²⁸.

No âmbito do fundamento das restrições à admissibilidade probatória, ensina Maria Thereza Rocha de Assis Moura que o direito à prova encontra limites legais e éticos, que visam, acima de tudo, proteger o indivíduo em sua intimidade¹²⁹.

Ao tratarmos dos limites éticos, estes repousam na legitimidade moral da formação da prova, de modo que esta respeite a privacidade, a intimidade e, enfim, a plena liberdade do homem em sua vida íntima. Segundo a autora, “daí porque o processo deve se desenvolver dentro de uma escrupulosa regra moral, que orienta a atividade do juiz e das partes, em prol do valor essencial da dignidade da pessoa humana”¹³⁰.

Quanto aos limites legais, além da legislação infraconstitucional e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, garante a “inadmissibilidade processual da prova ilícita”. Ante a denominação adotada pela Lei Maior, importante ponderarmos acerca da ilicitude e da ilegitimidade probatória.

¹²⁸ *Processo penal constitucional...*, p. 82. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 111-112

¹²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova...* No mesmo sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional...*, p. 89; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...*, p. 414; PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015, p. 18. Na jurisprudência, mencionando os limites ético-jurídicos: STF – RE 251.445/GO. Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2000. Lembra Antonio Magalhães Gomes Filho que o sujeito passivo do direito à prova é o Estado, representado pela figura do órgão judicial, “o qual está obrigado a tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias, desde que, evidentemente, legítimas” (*Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 84).

¹³⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova...*

É importante ressaltar que a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista constitucionalmente não se trata de uma limitação à busca da verdade material ou ao próprio livre convencimento do juiz. No processo, principalmente na atividade probatória, os fins são tão importantes quanto o meio empregado. Ademais, essa “finalidade do processo penal não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, mas de assegurar a liberdade jurídica do indivíduo, impondo a pena somente ao culpado, após regular processo”¹³¹.

A garantia contra o aproveitamento das provas lícitas possui desdobramentos infraconstitucionais. No plano processual penal, após a reforma legislativa de 2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal passou a prever que “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. O texto, nota-se, não apresenta distinção entre a natureza da norma violada (se de direito material ou se de direito processual), o que tem provocado controvérsia na doutrina acerca da classificação em ilicitude e ilegitimidade probatória.

Parte da doutrina entende que, diante do silêncio da lei, será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Dessa forma, qualquer violação ao devido processo legal acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova¹³². Com posicionamento diverso, há autores que entendem que o dispositivo deve ser interpretado de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades¹³³.

Observa Gustavo Badaró que, com essa nova redação, a distinção anteriormente apresentada entre provas ilícitas e ilegítimas ganhou contornos mais amplos, gerando intersecções conceituais entre uma e outra. A grande diferença remanescente se apresenta, a princípio, do ponto de vista da sanção processual: afirma-se, como já mencionado, que a

¹³¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova...* No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre ...*, p. 117; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 285;

¹³² Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 391; GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 414. No mesmo sentido também há precedente do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o HC n. 82.788/RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2006.

¹³³ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal...*, p. 595; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional...*, p. 86; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal...*, p. 125. Como observam Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes: “A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP” (Idem, p. 125).

prova ilícita é inadmissível e que a prova ilegítima será sancionada com nulidade. Não há como negar que a inadmissibilidade impede o ingresso de uma prova ilícita no processo, o que não ocorre na teoria das nulidades (sanção *ex post factum*)¹³⁴. Além disso, a prova ilícita não pode ser renovada, enquanto que a ilegítima poderá ser refeita para suprimir defeito e, conseqüentemente, validada pela repetição do ato¹³⁵.

Contudo, lembra o autor que a prática revela, na grande maioria dos casos, que a ilicitude da prova também só acaba sendo reconhecida *a posteriori*, quando o meio proibido já ingressou no processo. Nesse caso, a sanção não é a inadmissibilidade (impedir o ingresso), mas sim o desentranhamento (excluir o que não deveria ter ingressado). Não haveria, porque inadmissível, possibilidade de repetição da prova ilícita, que deve ser desentranhada dos autos e destruída. Assim, do ponto de vista da dinâmica processual sob o aspecto cronológico da imposição de uma sanção, não existem diferenças significativas entre o desentranhamento e a nulidade¹³⁶.

Prosseguindo na análise do CPP, o §1º do artigo 157 prevê que “*são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*”¹³⁷. Trata-se da vedação da produção de prova ilícita por

¹³⁴ Para Antonio Magalhães Gomes Filho, enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma (*Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 94).

¹³⁵ Nesse sentido: CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali...*, p. 109; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 286; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 94.

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 286. A distinção entre ilicitude e ilegitimidade probatória, portanto, não está livre de críticas. Conclui o autor que, em muitos casos, há violações de dispositivos constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova. Por certo, entre os direitos constitucionais cuja violação caracteriza uma prova ilícita, devem ser incluídos os direitos processuais, em especial as garantias constitucionais dos acusados, que integram o devido processo legal. Exemplificando: “uma busca e apreensão domiciliar, realizada fora das exceções constitucionais, mas com uma ordem judicial não motivada, será uma prova ilícita ou ilegítima? Considerando-se que foi desrespeitada a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, ao qual se teve acesso sem ordem judicial, a prova será ilícita. Por outro lado, caso se considere que há ordem judicial, mas esta é nula, porque não decorrente de decisão motivada, o vício será processual, sendo a prova ilegítima” (Idem, p. 287). No PLS 156/2009, note-se, não há mais definição do conceito de prova ilícita, referindo-se o artigo 164 do anteprojeto apenas à sua vedação: “São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos”.

¹³⁷ A primeira parte do §1º do artigo 157 do CPP, como entende parte da doutrina, revela-se desnecessária. Isto porque, inexistindo qualquer nexo causal entre a prova originária ilícita e a outra, secundária, sequer se coloca o problema da derivação. Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas: Lei 11.690/2008*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (org.), *As reformas no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 268; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 290; GRINOVER, Ada

derivação ou “*Derivative Evidence Doctrine*”. Esta foi inicialmente esboçada pela jurisprudência norte-americana em 1920, ligada ao caso *Silverthorne Lumber Co v. US* e, posteriormente, ficou conhecida como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (“*Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*”), quando do julgamento do caso *Nardone v. US*, em 1939¹³⁸. Em sua acepção formulada, a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, porém somente pôde ser obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida.

A jurisprudência norte-americana também a denominou *taint doctrine* (“doutrina da mancha”, “doutrina da mácula” ou, ainda, “doutrina do contágio”) motivo pelo qual se fala na incidência do chamado *princípio da contaminação*, segundo o qual o vício que macula a prova ilícita se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado e, como observa Aury Lopes Júnior, “literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram”¹³⁹.

Essa vedação, contudo, não é absoluta. Inicialmente, podem ser apontadas três exceções à incidência da chamada *Derivative Evidence Doctrine*: a i) *attenuation of the taint* (“atenuação da contaminação”) ou *purged taint* (“mancha purgada”); a ii) *independent source* (“fonte independente”); e a iii) *inevitable discovery* (“descoberta inevitável”).

Tendo por seu embrião o caso *Wong Sun v. United States*, em 1963, a *attenuation of the taint limitation* orienta que, ainda que haja uma prévia contaminação do meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, acontecimentos posteriores podem afastar essa contaminação, permitindo-se o aproveitamento da prova. Para tanto, alguns elementos devem ser valorados: a) o período de tempo entre a ilegalidade e a

Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal...*, p. 133.

¹³⁸ *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), 251 U.S. 385 e *Nardone v. United States* (1939), 308 U.S. 338, respectivamente. No caso *Silverthorne v. United States*, decidiu-se que não se poderia usar o conhecimento decorrente de uma busca ilegal para, a partir dele, notificar as pessoas a entregarem os mesmos documentos ilegalmente vistos e, assim, chegar naquele resultado, isto é, o conhecimento, só que agora pela aparente via da legalidade. Em *Nardone v. United States*, a Suprema Corte norte-americana “recusou permitir à acusação invalidar uma inquirição sobre uso de informação obtida por ela através de interceptações telefônicas ilegais, observando que ‘proibir o uso direto de métodos [mas] não colocar freios no seu uso total indireto, somente atrairia os mesmos métodos reputados inconsistentes com os padrões éticos e destrutivos da liberdade individual’” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Prova ilícita...*, p. 5).

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 601. No mesmo sentido, Kathryn Seligman, ao comentar o caso *Wong Sun v. United States* (1963), esclarece que “As regras de exclusão se aplicam para a prova primária, apreendida no curso de uma ação governamental à margem da lei, e à prova derivada, obtida pela exploração daquela atividade” (*t.l.*) – SELIGMAN, Kathryn. *The rise and fall of the exclusionary rule...*, p. 1).

aquisição da prova secundária; b) a ocorrência de eventos intervenientes na cadeia probatória; c) a menor relevância da ilegalidade; e d) a vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução penal. Dessa forma, para a limitação em estudo, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova, um acontecimento futuro expurga esse vício, permitindo-se o aproveitamento da prova originariamente ilícita, motivo pelo qual também é denominada “limitação do nexa causal”, “limitação dos vícios sanados” ou, ainda, “limitação da tinta diluída”¹⁴⁰.

A *independent source doctrine* tem sua origem no caso *Bynum v. United States*, de 1960. Em sua essência, afirma-se que, se o órgão acusatório demonstrar que obteve, de maneira legítima, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova que não guarde relação de dependência, nem decorra ou mantenha qualquer vínculo causal com prova originariamente ilícita, tais dados probatórios seriam admissíveis, porque não contaminados. Importante ressaltar que uma ampla admissão dessa limitação pode gerar um enfraquecimento demasiado da própria *taint doctrine*, devendo ser imposta uma demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz é efetivamente oriunda de uma fonte autônoma¹⁴¹.

¹⁴⁰ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 291; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal...*, p. 604. No citado caso *Wong Sun v. United States*, policiais adentraram ilegalmente no domicílio de “X”, efetuando sua prisão. Desta prisão, também ilegal, resultou a apreensão de drogas em posse de “Y”, que se encontrava dentro da casa. “Y”, por sua vez, afirmou ter recebido a droga encontrada de uma terceira pessoa, “Z”. Este acabou por também ser preso ilegalmente. Dias depois, “Z”, já posto em liberdade, resolveu confessar aos policiais a prática do delito de tráfico. Quanto à apreensão da droga com “Y”, entendeu a Suprema Corte Norte-americana tratar-se de prova ilícita por derivação, uma vez que decorrente da invasão ilegal ao domicílio de “X”. Todavia, entendeu-se que a *derivative evidence doctrine* não teria o condão de contaminar o que se apurou contra “Z”, dada sua ação voluntária em confessar o delito após ter sido solto e advertido de seus direitos, a qual teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração dada tão atenuada que o “veneno” da ilicitude originária teria se dissipado (*Wong Sun v. United States* (1963) 371 U.S. 471). Para maiores detalhes, ver: SELIGMAN, Kathryn. *The rise and fall of the exclusionary rule...*, p. 9. Também pela aplicação da mencionada limitação nos tribunais norte-americanos, ver: *United States v. Ceccolini* (1978), 435 U.S. 268.

¹⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal...*, p. 601. Cite-se também o caso *Murray v. United States*, de 1988, em que, após perceberem uma atividade suspeita de tráfico ilícito de drogas em uma residência, policiais entraram ilegalmente em tal casa e confirmaram a suspeita; posteriormente, requereram um mandado de busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada. De posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Suprema Corte entendeu que a prova era válida, pois, ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado apto a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais (*Murray v. United States* (1988), 487 U.S. 533). No âmbito jurisprudencial pátrio, cabe lembrar que há precedentes no Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade da teoria em estudo desde 2004, dentre os quais destacamos, pela expressa menção à teoria: HC n. 83.921/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 27.08.2004; e RHC n. 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.05.2007. Também pela aplicação da mencionada doutrina nos tribunais norte-americanos, ver: *Segura v. United States* (1984), 104 S. Ct. 3380.

Após a reforma legislativa de 2008, o Código de Processo Penal passou a prever, em seu artigo 157, § 2º, que: “*considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*”. Para Gustavo Badaró, ao invés de detalhar o que deve ser entendido por “fonte independente”, o legislador parece ter criado uma nova exceção – a da descoberta inevitável (distinta da prova independente, como ensina a jurisprudência norte-americana), fazendo-o, ainda, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas (na esteira do exposto no parágrafo anterior)¹⁴².

Por fim, a *inevitable discovery limitation* também surge nos Estados Unidos, no caso *Williams II: Nix v. Williams*, no ano de 1984. Traduz-se na hipótese em que a prova derivada da ilícita será considerada admissível se evidenciado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por algum meio legal. À semelhança da teoria da fonte independente, entendemos que a aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável¹⁴³.

Ainda que a Constituição tenha optado pela inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, cabe lembrar que ganha cada vez mais força na doutrina e nos tribunais o entendimento pela admissibilidade da prova ilícita a partir de uma proporcionalidade *pro reo*. Em tal caso, considera-se que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova. Como lembra Vicente Greco Filho, “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente

¹⁴² *Processo Penal...*, p. 290. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal...*, p. 602; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional...*, p. 88. Parte da doutrina, inclusive, já se posicionou pela inconstitucionalidade do § 2º do artigo 157 do CPP ante essa larga abertura possível. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal...*, p. 133.

¹⁴³ Nesse sentido: JÄGER, Chirstian. *Problemas Fundamentales...*, p. 102; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal...*, p. 602; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Prova ilícita...*, p. 6. Exemplificando a aplicação da teoria no âmbito desta dissertação: há uma busca ilegal efetivada pela autoridade policial na residência do suspeito, resultando da medida a apreensão de documentos que o incriminam. Tais documentos, uma vez que surgiram a partir de uma ilegalidade, constituem prova ilícita por derivação. Porém, caso se constate que já existia mandado de busca para o local, mandado este que se encontrava em poder de outro delegado de polícia, o qual, no momento da diligência ilegal, estava se deslocando para a casa do investigado, afastar-se-ia a ilicitude derivada, podendo ser aproveitada a prova resultante daquela primeira apreensão, considerando a evidência de que os mesmos documentos obtidos ilegalmente seriam inevitavelmente descobertos e apreendidos por meios legais. Em âmbito jurisprudencial, destaque-se precedente do Superior Tribunal de Justiça aplicando a teoria da *inevitable discovery* (HC n. 52.995/AL, Rel. Min. Og Fernandes. 6ª Turma, j. 16.09.2010).

(...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”¹⁴⁴.

Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, seria permitida a aplicação da doutrina da proporcionalidade quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, porque, nesse caso, a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa¹⁴⁵.

Cabe ainda lembrar que, essa prova ilícita está apenas sendo excepcionalmente admitida para evitar a condenação de um inocente, não podendo ser utilizada contra terceiro. Como ensina Aury Lopes Júnior, “ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era ‘terceiro’ no processo originário, mas assume agora a posição de réu)”¹⁴⁶. Interpretação diversa, além de se revelar desproporcional, estende por demasiado o âmbito de utilização de uma interpretação excepcional.

¹⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades...*, p. 112-113. No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 597; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional...*, p. 81; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal...*, p. 120; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 341; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...*, p. 431; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 276; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O Processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 25-26.

¹⁴⁵ *A ilicitude na obtenção da prova...* Em posição semelhante: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal...*, p. 128. Entendendo ser caso de estado de necessidade: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44.

¹⁴⁶ *Direito Processual Penal...*, p. 598. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal...*, p. 617. O segundo autor ainda apresenta exceção quanto à admissibilidade nos casos em que há constrangimento à pessoa na produção da prova ilícita, como aquela obtida mediante tortura: “A nosso ver, a situação é bem diferente de uma gravação ou interceptação ilícita. Neste caso, apesar de haver a produção de uma prova ilícita, o conteúdo da conversa telefônica pode ser considerado verdadeiro pelo juiz, já que não há constrangimento aos interlocutores. Diferente é a hipótese de prova obtida mediante tortura: colhidos mediante o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, tais elementos probatórios não poderão ser levados em consideração pelo magistrado, porquanto impossível aferir a veracidade (ou não) do conteúdo das declarações de tal pessoa” (Idem, p. 617).

3. Juízo de Admissibilidade: diferenciações, natureza jurídica e motivação.

3.1. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: conceitos preliminares e diferenças.

Toda postulação, como é o caso de um pedido de busca e apreensão, se sujeita a um duplo juízo do magistrado: num primeiro momento, ele verificará se é ou não possível o exame do conteúdo da postulação; na sequência, e apenas se o primeiro juízo tiver sido positivo, ele examinará a procedência ou improcedência daquilo que se postula. O primeiro exame é aquele que se tem denominado juízo de admissibilidade. Este, como ensina José Carlos Barbosa Moreira, “tem prioridade lógica, pois tal atividade [qual seja, a análise do conteúdo do que foi postulado] só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício”¹⁴⁷.

Dessa forma, o juízo de admissibilidade verifica a existência ou não dos requisitos de admissibilidade, atuando no plano da validade. Como observa Fredie Didier Júnior, as questões de admissibilidade “são questões que pertencem ao *objeto de conhecimento* do magistrado, e não ao *objeto de decisão*: serão resolvidas incidentalmente, como etapa preliminar à solução da questão principal” (g.a.)¹⁴⁸.

Trata-se, portanto, de cognição diferente daquela do segundo juízo, denominado juízo de mérito, no qual “se apura a existência ou inexistência do fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a

¹⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., V. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 260. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 611; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 116-117.

¹⁴⁸ *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 93. Segundo José Joaquim Calmon de Passos, requisito é tudo quanto se coloca entre o momento *a quo* e o *ad quem* do fato, ou seja, tudo quanto integra a estrutura executiva do fato jurídico isoladamente considerado (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, p. 85).

postulação”¹⁴⁹. No juízo de mérito, portanto, a análise recai sobre o objeto da causa, de modo que dele resultará a procedência ou improcedência, ou o provimento ou não provimento.

Tanto o juízo de admissibilidade quanto o juízo de mérito são decisões. Embora possuam os referidos objetos distintos, isso não autoriza a conclusão de que aquele merece tratamento menos rigoroso. A decisão negativa quanto ao juízo de admissibilidade, ou, mais comumente, a inadmissibilidade, é uma decisão que obsta a inserção no processo do material probatório produzido extrajudicialmente, ou não autoriza a produção da prova requerida pela parte. Como decisão que é, não se pode dela retirar a aptidão de impedir a renovação do pedido caso os fatos mantenham-se idênticos. Quer dizer, caso não alteradas quaisquer das circunstâncias anteriormente avaliadas, à parte não será permitido reformular o mesmo requerimento ou realizar o procedimento extrajudicialmente e demandar seu ingresso no processo¹⁵⁰.

3.2. *Natureza jurídica do juízo de admissibilidade.*

Quanto à natureza jurídica do instituto, ensina José Carlos Barbosa Moreira que o mesmo possui natureza declaratória, de modo que, ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis para a apreciação do postulado ou autorização da medida. E completa o autor: “A existência ou inexistência de tais requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento, que não a gera, mas simplesmente a reconhece”¹⁵¹. Dessa forma, o juízo de admissibilidade negativo acerca de ato já executado tem efeitos retroativos à data em que se verificar a causa da inadmissibilidade.

¹⁴⁹ Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil...*, p. 261; GIACOMOLLI, Nereu José. *Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal...*, pp. 48-49. Lembra Gustavo Badaró, ao abordar o juízo de mérito recursal, que este poderá se tratar, em relação ao processo em si, tanto de questão de mérito como de questão preliminar. O juízo de mérito recursal e a questão de mérito do processo não se confundem, podendo ser aquele mais amplo: “Pode ocorrer que o objeto do juízo de mérito do recurso seja matéria relativa a questões processuais (por exemplo, o recurso contra a decisão de rejeição da denúncia, porque o Ministério Público é parte ilegítima para a ação penal). Nesse caso, o mérito do recurso seria matéria que, em relação ao processo, é considerada questão preliminar” (*Processo Penal...*, p. 612).

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação...*, p. 99. Segundo o autor, o juízo de admissibilidade ainda invalida o ato jurídico já praticado, a partir do reconhecimento de defeito que impede sua apreciação.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil...*, p. 256. Com posição semelhante, entende Pontes de Miranda, ao analisar o juízo de admissibilidade recursal, que “se o juízo *ad quem* não conhece o recurso, a instância superior não se abriu, não houve. A decisão é declarativa negativa de

O juízo de admissibilidade é, como dito, um juízo que atua no plano da validade. O descumprimento dos requisitos de validade exigidos para a prática de uma medida processual ou mesmo em fase pré-processual (como pode ocorrer com a busca e com a apreensão) gera, portanto, a nulidade da medida e das provas ou elementos de informação dela decorrentes. No âmbito probatório, como veremos, entende Antonio Magalhães Gomes Filho que a admissibilidade consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos¹⁵².

3.3. A motivação das decisões judiciais.

O convencimento judicial, na seara processual penal, somente será atenderá aos preceitos constitucionais se formado a partir dos fatos que estão e ingressaram legalmente no processo (ou seja, respeitado o devido processo legal), regido pelo sistema acusatório e devidamente evidenciado pela motivação. Esta, segundo Luigi Ferrajoli, juntamente com a publicidade e a oralidade, revela-se uma “garantia de garantias”, sendo *conditio sine qua non* da vigência das garantias “primárias ou epistemológicas”¹⁵³.

Na ordem constitucional vigente, toda decisão judicial, excetuando-se os despachos de mero expediente, exige motivação (artigo 93, inciso IX, CF). Logo, o dever de motivar não tem por objeto apenas as decisões finais – as sentenças definitivas ou terminativas –, mas também toda e qualquer decisão interlocutória (caso das decisões que

ter havido recurso (...). Toda decisão de conhecimento ou não-conhecimento de recurso é resolução de declaração, positiva ou negativa, da extensão da relação jurídica processual até o juízo do recurso” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. T. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 181). Em sentido contrário, Fredie Didier Júnior entende que a natureza jurídica do juízo de admissibilidade varia de acordo com seu resultado: “a) se *positivo*, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (...); b) se *negativo*, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado” (*g.a.*) (O juízo de admissibilidade na teoria geral do Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. V. VI. *Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, p. 347; também em DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação...*, pp. 43-45).

¹⁵² *Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 95.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 625.

admitem ou não a busca e/ou apreensão requerida/realizada)¹⁵⁴. Dessa forma, ao realizar o juízo de admissibilidade para a produção da prova ou de aceitação de prova produzida fora do processo, o magistrado proferirá uma decisão, a qual, necessariamente, será motivada.

A motivação, para Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é a explicação da convicção da decisão: “o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido”¹⁵⁵.

Segundo Gustavo Badaró, é a busca da denominada verdade processual que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar como justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo que aspire a uma correta verificação dos fatos¹⁵⁶. É essa verdade que terá de ser evidenciada na motivação.

Trata-se a verdade processual, todavia, de um conceito relativo. Primeiramente, porque o próprio conceito de verdade é um conceito de relação: “um conhecimento é verdadeiro, quando há concordância entre o *objeto* e a sua ‘imagem’ captada pelo *sujeito*”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 25; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 72; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, pp. 1091. Lembra o último autor que, as sentenças em geral são fundamentadas a contento, ainda que não se concorde com os termos e as premissas: “O grande problema são as decisões interlocutórias (*inter locus*, no meio do caminho, no curso do procedimento), especialmente aquelas que implicam restrição de direitos e garantias fundamentais, tais como as decisões que decretam a busca e apreensão (...). Nesses casos, impõe-se severo gravame a alguém sem, em grande parte dos casos, uma fundamentação suficiente para legitimar tal violência estatal” (*Direito Processual Penal...*, pp. 1091-1092). Especificamente quanto à decisão que determina uma busca e/ou apreensão, observa Paola Felicioni que “ambos os meios de obtenção de prova são, de fato, atos coercitivos que, incidindo sobre bens constitucionalmente garantidos, devem ser autorizados mediante um procedimento motivado” (*t.l.*) (Le ispezioni e le perquisizioni. In: *Trattato di Procedura Penale*. UBERTIS, Giulio; e VOENA, Giovanni Paolo (coord). V. XX. Milano: Giuffrè, 2004, p. 154).

¹⁵⁵ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 261.

¹⁵⁶ *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26. No mesmo sentido, ensina Geraldo Prado: “A existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do estado de direito e nestes termos a presunção de inocência constitui o princípio reitor do processo penal” (A quebra da cadeia de custódia..., p. 14). Classificando a diferenciação em “verdade material” e “verdade formal”: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, pp. 341-342 e 1209. Para Garrapon, a verdade perseguida no processo seria a “verdade judiciária” (*Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, p. 165).

¹⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal...*, p. 25. Também ressaltando essa relatividade da verdade processual: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 62; TARUFFO, Michele. Prueba, Verdad y Estado de Derecho. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014, p. 33; PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro..., p. 17; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal...*, pp. 167-168. Nessa seara, observa Mirjan Damaska que os problemas a serem resolvidos em um julgamento também não possuem o mesmo conteúdo epistemológico. O significado do símbolo “verdade” muda consideravelmente conforme nós o imputamos às diferentes partes que o compõem. Como bem exemplifica o autor: “imagine uma acusação de homicídio formulada com fundamento em uma

Porém, lembra o citado autor, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário também poder alcançar a certeza de que é verdadeiro. E essa certeza, por sua vez, constitui uma “manifestação subjetiva da verdade”, um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição.

A verdade “judiciária”, ensina Garapon, ainda é formatada pelo procedimento. O juiz encontra-se “constrangido” por elementos constitutivos do delito e por regras de competência. Paralelamente, a verdade judicial também é estabelecida com base em provas sucessivas, em vez de se procurar perceber a coerência de um todo. Trata-se do resultado de um processo não consensual, diversamente do que ocorre nos protocolos científicos: “A verdade é o enunciado que triunfa, que atravessa vitoriosamente o fogo da contradição, de modo que, para a justiça, a verdade é contrada por um processo de eliminação, de maneira negativa”¹⁵⁸.

Dessa forma, ensina Gustavo Badaró, pode-se afirmar que a certeza do juiz é a verdade do processo: “Contudo, verdade e certeza podem andar separadas. Não sendo o

direção perigosa. O julgador deve decidir acerca de um certo número de proposições relacionadas a ‘fatos externos’, como a velocidade do automóvel, as condições da pista, os sinais de trânsito, a identidade do motorista, e assim por diante. A operação mental necessária para se verificar tais ‘fatos externos’ pertence primariamente à esfera da experiência sensorial. A investigação, aqui, parece ser relativamente objetiva e a ‘verdade’ sobre tais fatos não aparenta ser muito elusiva. Mas muitos ‘fatos internos’ também terão de ser avaliados no caso imaginado. Eles dizem respeito ao conhecimento e à vontade do acusado, até o ponto em que estes sejam relevante para a aplicação do critério decisório legal. A verificação de tais fatos já é muito menos objetiva se comparada à verificação de fatos derivados dos sentidos: processos de inferência indutiva dos fatos externos são o caminho cognitivo mais frequentemente utilizado. Ainda assim, nós não hesitamos em grosseiramente concordar que há um *status* cognitivo conclusivo semelhante sobre esses fatos internos em relação aos fatos externos. As caracterizações de ‘verdadeiro’ e ‘falso’ mantêm seus respectivos significados. A situação muda, todavia, quando os fatos verificados devem ser aferidos sob a luz de um critério legal. Se o motorista não observou certos padrões de cuidado – e se o fez, em que grau o fez – são problemas que demandam um tipo diferente de operação mental que aquele usado ao se lidar com fatos externos. Isso será, é claro, uma questão de livre escolha semântica em se caracterizar o resultado da avaliação legal como ‘verdadeiro’ ou ‘falso’, ou se serão usados outros pares de símbolos. Mas se alguém decidir continuar com tais símbolos, deverá reconhecer que os mesmos adquirem um significado diferente no novo contexto. Essencialmente, eles admitirão a ideia de que o resultado de sua atividade poderá ser correto (coerente) ou incorreto (incoerente) dentro da estrutura de referência legal que lhes foi fornecida” (*t.l.*) (*Presentation of Evidence and Factfinding Precision*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 123. N. 1083, 1975, pp. 1085-1086). No mesmo sentido: TILLERS, Peter. Are There Universal Principles or Forms of Evidential Inference? Of Inference Networks and Onto-Epistemology. In: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Coord: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Oregon: Hart Publishing, 2008, pp. 180-183.

¹⁵⁸ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, pp. 165-166. Com entendimento semelhante: ZORRILLA, David Martínez. Ponderación y seguridad jurídica..., pp. 102-103; DEU, Teresa Armenta. El proceso debido..., p. 833. Em sentido diverso, entende Michele Taruffo que não há razão para se pensar que o tipo de conhecimento proveniente de um procedimento judicial epistemologicamente orientado é ontologicamente diferente do tipo de conhecimento que se obtém na vida cotidiana. O autor, todavia, não nega que existam diversos tipos de procedimentos e que alguns deles estão orientados por técnicas anti-epistêmicas em demasia (Prueba, Verdad y Estado de Derecho..., p. 32).

processo um instrumento infalível, nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade dos fatos: a certeza pode ser construída sobre o erro. De outro lado, a verdade pode não ser crível pelo juiz”¹⁵⁹.

O reconhecimento do caráter relativo da verdade implica a existência de “graus” ou “medidas” de conhecimento. Há uma escala figurativa de conhecimento, que tem como extremos opostos o “não-conhecimento” e o “conhecimento da verdade absoluta”¹⁶⁰. Em seus pontos intermediários deve se situar a mencionada verdade relativa, com a qual comungam as decisões embasadas nos *standards* probatórios e na probabilidade lógica-indutiva, noções que desenvolveremos no item 3.5.1.

Parte da doutrina entende ser a motivação muito mais uma justificação da decisão do que uma descrição do raciocínio judicial, uma “individualização do *iter* lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou à decisão”, ou seja, uma atividade prevalentemente descritiva¹⁶¹. De maneira semelhante, quando da análise dos métodos de interpretação na motivação, Antonio Magalhães Gomes Filho entende que tais métodos constituem, na verdade, esquemas de argumentação pelos quais não se objetiva, propriamente, identificar o que pretendeu dizer o legislador, mas antes demonstrar o porquê da exegese adotada no caso concreto¹⁶².

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal...*, p. 26. Segundo Garapon, a verdade já se encontra tendencialmente alterada desde o início do processo, no oferecimento da denúncia pela acusação: “ao querer acusar os autores do crime, a acusação judicial se vê obrigada, senão a distorcer a história, pelo menos a dar-lhe uma visão truncada, imprimindo os elementos constitutivos do crime uma leitura particular dos factos (...). O contexto do processo tanto revela como falseia a descoberta da verdade” (*Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, pp. 176). Nessa seara, lembra Michele Taruffo que alguns autores negam que a prova seja um instrumento epistêmico, sendo apenas uma técnica persuasiva. A prova desempenharia nada mais que uma função retórica e estaria orientada a criar na mente do juiz apenas uma convicção, um estado psicológico sobre o fato (Prueba, Verdad y Estado de Derecho..., p. 36).

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal...*, p. 37. Negando qualquer possibilidade de uma verdade absoluta, entendem os epistemólogos que qualquer verdade será relativa, inclusive as verdades científicas, uma vez que seu valor cognitivo depende do conjunto de informações disponível à época e no método utilizado para processar essa informação (TARUFFO, Michele. Prueba, Verdad y Estado de Derecho..., p. 34).

¹⁶¹ Nesse sentido: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 67; MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 261.

¹⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 116. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 23. Michele Taruffo ensina que a formulação da decisão se revela através de uma concatenação de escolhas de naturezas variáveis (interpretativas, cognitivas) organizadas em uma sequência variável caso a caso, mas em que há, contudo, natureza hermenêutica e heurística. Segundo o autor, a motivação tem por finalidade justificar a escolha, que se pressupõe já feita. Seu “modelo fundamental” não é de uma escolha entre alternativas, mas sim a enunciação dos argumentos razoáveis para sustentar a hipótese decisória assumida como melhor (*Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Disponível em: www.studiocelentano.it/le_nuove_voci_del_diritto). No âmbito jurisprudencial, lembramos que já decidiu o

O exercício do dever de motivar pode se dar em duas dimensões: fática e jurídica. Na primeira, o juiz procederá à valoração da prova e dos fatos, reservando para a segunda a fundamentação em torno das teses jurídicas adotadas e também o enfrentamento das teses jurídicas alegadas, mas refutadas¹⁶³ (como abordaremos adiante). Quando da análise fática e probatória, principalmente, a atividade judicial terá grande carga interpretativa a qual, por sua vez, pode vir a revelar um subjetivismo exacerbado.

Não se nega que interpretar uma norma jurídica é, acima de tudo, uma tarefa de compreensão e atribuição de significados e que, em alguns casos, a norma pode apresentar vários sentidos. No âmbito da motivação, a interpretação serve para eliminar dúvidas a respeito do significado apropriado que se deve dar a um texto jurídico e, além disso, compreende a aplicação da exegese adotada à solução de um caso. Esse processo de interpretação judicial constitui uma tarefa valorativa e decisória de escolha, de modo que, desde a escolha do método, entre os vários que são propostos, e principalmente quando se trata de aplica-los à exegese realizada *in concreto*, sobretudo com recurso a dados extrajurídicos, são inevitáveis as opções discricionárias¹⁶⁴.

Todavia, há limites na formação da decisão e no espaço constitucional de interpretação. Ensina Aury Lopes Júnior que, assim como a sujeição do juiz à lei não é mais uma pura sujeição à sua letra, mas sim uma sujeição à lei enquanto válida, isto é, conforme a Constituição, também cabe ao magistrado: “proceder a uma *interpretação conforme a Constituição*, atendendo ao que CANOTILHO chama de *princípio da prevalência da Constituição*, optando pelo sentido que apresente uma conformidade constitucional” (*g.a.*)¹⁶⁵.

Quando o sistema de valoração de provas da tarifa legal, vigente desde o século XIII, foi substituído pelo sistema da livre convicção no final do século XVIII, notadamente

Supremo Tribunal Federal que motivar significa “fornecer as razões, os fundamentos que legitimam dada decisão em um sentido ou em outro, expondo suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes” (STF – HC 96.056/PE. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.06.2011).

¹⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, pp. 1092-1093.

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 115. Segundo o autor, em última análise, a interpretação se trata de uma atividade de verdadeira *criação do direito*, o que fica muito claro nos inúmeros casos em que ocorre a mudança de uma interpretação judicial, que equivale à modificação da própria norma (*g.a.*) (Idem, p. 115).

¹⁶⁵ *Direito Processual Penal...*, p. 1085. Como conclui o autor: “não se pode reduzir a sentença a um mero ato de sentir, nada disso. Para muito além dessa dimensão de subjetividade, estão os limites constitucionais e processuais para formação do convencimento do juiz e ainda o demarcado espaço interpretativo. Não se pode, jamais, adverte com muito acerto STRECK, permitir que o juiz possa *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*” (*g.a.*).

após a Revolução Francesa, surgiu uma tendência a reduzir a atividade cognoscitiva do magistrado a um fenômeno de pura consciência¹⁶⁶. Todavia, sabemos que não mais assim prevalece, tendo-se resgatado a ideia de que a liberdade de convencimento do juiz está sujeita às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, no sentido de se afastar o subjetivismo¹⁶⁷.

Desenvolveu-se, então, nos três últimos séculos, a noção do livre convencimento motivado do juiz. Este sistema impôs a observância escrupulosa de um método legal probatório, o qual se torna exatamente um valor na medida em que tende a impedir a degeneração da liberdade do juiz em despotismo, assegurando, mesmo em caso de condenação, o respeito a diversos (mas determinados) princípios¹⁶⁸.

Nessa seara, entende Danilo Knijnik que as regras da razão crítica seriam os *standards* jurídicos que atuariam como princípios da conduta humana a seguir quando da elaboração pelo magistrado de sua fundamentação. Mais que servir de limite à livre apreciação, elas fundariam a correção do juízo que se obteve através das mesmas. Na visão do autor, a razão crítica seria, basicamente, a aplicação dos princípios do correto entendimento humano com especial fundamento na lógica jurídica¹⁶⁹. Frente à incidência das regras da lógica, a liberdade de convencimento do juiz é, pode-se dizer, uma liberdade

¹⁶⁶ O sistema da prova legal comumente aparece unido à experiência do processo inquisitivo, no qual o legislador fixa taxativamente o valor a ser atribuído a cada um dos meios de prova e o juiz se limita a aplicar à prova as medidas estabelecidas pelo legislador (nesse sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons: Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2004, p. 157; DAMASKA, Mirjan R.. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 121. N. 121, 1973, p. 515. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss_papers). Entende Luigi Ferrajoli que a pretensão, implícita nesse sistema, de sujeitar a valoração judicial a regras de caráter supostamente universal, dotadas de um suposto valor probatório pleno, dava ao modelo de argumentação uma falaciosa estrutura dedutiva e, por isso, uma “aparente racionalidade”, quando, na verdade, o esquema lógico subjacente estava “na base das provas irracionais do tipo mágico e arcaico: a ordália, o duelo judicial, o juramento, a adivinhação” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, pp. 113-114). No mesmo sentido: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal...*, p. 89.

¹⁶⁷ Nesse sentido: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal...*, p. 87; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 15-16. Como lembra Antonio Magalhães Gomes Filho, há duas maneiras de entender-se o livre convencimento do juiz: uma primeira, que equivocadamente liga o livre convencimento à íntima convicção própria dos julgamentos populares, identificando a liberdade de valoração das provas com uma escolha intuitiva, obscura e irrefletida; e uma segunda, que propõe uma interpretação do princípio que não afasta o caráter racional do juízo sobre os fatos, de modo que a liberdade na apreciação das provas apenas confere ao juiz a possibilidade de estabelecer a verdade judicial sob sua responsabilidade, com base em critérios objetivos e de uma forma que seja repetível mentalmente e, portanto, controlável. Assim, segundo o autor, “o livre convencimento não significa uma absoluta *liberdade de prova*, mas diz respeito à ausência de vínculos quanto à *valoração* de um material obtido e introduzido no processo segundo critérios de legalidade e racionalidade” (*g.a.*) (*A motivação das decisões penais...*, pp. 121 e 123-124).

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 84. Para Marina Gascón Abellán, é a livre convicção, em oposição ao sistema da prova legal, que, ao permitir ao julgador se desligar de qualquer valoração pré-constituída, propicia a averiguação da verdade (*Los hechos en el derecho...*, p. 158).

¹⁶⁹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 17.

objetiva. Essa abordagem reforça a importância do estudo dos *standards* probatórios ou modelos de constatação (conforme análise *infra*, item 3.5.1).

Por integrar o juízo de fato a ser elaborado pelo magistrado, a motivação da admissibilidade trata de aduzir razões sobre a verdade, probabilidade, verossimilhança, etc. de uma afirmação sobre cada um dos acontecimentos históricos postos a análise¹⁷⁰. Para o indeferimento de uma prova requerida motivado pela inadmissibilidade desta, entende Antonio Magalhães Gomes Filho que deverá o juiz realizar uma valoração preliminar e hipotética sobre a relação entre o fato ainda não provado e o *thema probandum*, o que supõe um duplo prognóstico: acerca da eventualidade de que a prova tenha êxito positivo; e também sua aptidão de trazer elementos que permitam conhecer o fato a ser verificado¹⁷¹.

3.3.1. Motivação e justificação das decisões.

Em sua obra acerca da motivação das decisões judiciais em âmbito penal, Antonio Magalhães Gomes Filho faz uma diferenciação entre as expressões *motivação* e *justificação* dessas decisões. Esta é uma atividade que consiste em dar razões de uma ação, ou razões para sustentar uma decisão uma opinião ou outra expressão simbólica, mostrando que ela é justa ou racional. Para tanto, *justificar* é fornecer “boas razões”, entendidas como “razões persuasivas”, até porque toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar, tratando-se, nas palavras do autor: “de um *procedimento argumentativo*, cujo objetivo é *persuadir e convencer* sobre o valor daquela escolha” (*g.a.*)¹⁷².

¹⁷⁰ O juízo de fato, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, consiste fundamentalmente em argumentar com a indicação dos critérios de inferência, ou seja, das regras que autorizam passar do fato constatado (elemento de prova) à afirmação sobre a real ocorrência (ainda que em termos de probabilidade ou de probabilidade acima de uma dúvida razoável) da hipótese fática debatida no processo (denominada resultado de prova). Diversamente, o juízo de direito cuida “da apresentação dos argumentos que tendem a demonstrar a justiça, correção, validade etc. das *prescrições* que o juiz extrai do ordenamento para a solução da hipótese submetida a julgamento (escolha da norma, interpretação, superação das lacunas e antinomias) (*g.a.*) (*A motivação das decisões penais...*, p. 134).

¹⁷¹ *A motivação das decisões penais...*, p. 126.

¹⁷² *Idem*, p. 97. Como observa Gomes Filho, essas ideias de persuasão e convencimento supõem, de um lado, a existência de um “auditório” ao qual se dirige a argumentação justificativa; de outro, implicam a adoção de certo tipo de razões a serem utilizadas em cada contexto. A motivação como garantia processual e a motivação como garantia política, por sua vez, possuem “auditórios” diferentes, refletindo, além de na linguagem ou na técnica de redação, também na própria estrutura do discurso: enquanto na primeira os fundamentos de ordem

É imperioso que a garantia da motivação, além de demandar do juiz uma justificação da prova deferida, deva também ser considerada como o direito de exigir do magistrado uma justificação sobre eventual juízo de admissibilidade negativo (ou juízo de inadmissibilidade). A decisão quanto a essa admissibilidade ou não da produção de um meio de obtenção de prova requerido deverá ser igualmente motivada, razão pela qual a ela também se aplicam as considerações acerca das finalidades, requisitos e vícios da motivação, como veremos adiante.

Jordi Ferrer Beltrán assevera que a justificação das decisões sobre fatos tem uma dupla faceta: uma material e uma procedimental. Pela faceta material, podemos dizer que uma decisão estará justificada se a proposição que se declara provada for verdadeira. No sentido procedimental, por sua vez, a decisão estará justificada se a hipótese que se declara provada tiver apoio suficiente nos elementos de prova disponíveis¹⁷³.

Com relação aos provimentos cautelares, categoria na qual parte da doutrina entende se inserirem a busca e a apreensão¹⁷⁴, exige-se que sua motivação contenha a exposição dos indícios que justificam a medida em questão, com indicação dos elementos de fato dos quais são extraídos e dos motivos por que assumem relevância, além da “exposição dos motivos pelos quais foram considerados irrelevantes os motivos apresentados pela defesa”¹⁷⁵.

Por tais argumentos é que Luis Marinoni e Sérgio Arenhart consideram ser a motivação mais importante para o perdedor (ou para aquele que teve seu requerimento de prova indeferido) do que para o vencedor. Isto não apenas porque é aquele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão¹⁷⁶.

Como trataremos adiante, a tarefa de seleção das provas a serem utilizadas na motivação obedece a critérios jurídicos (essencialmente relacionados à sua admissibilidade)

técnica certamente terão prevalência, na segunda será privilegiada uma argumentação mais preocupada em explicitar os valores comunitários que presidiram as escolhas adotadas. É nesse sentido, segundo o autor, que se afirma que a motivação constitui uma *justificação seletiva* (Ibidem, p. 98). No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 694; TARUFFO, Michele. *Prueba, Verdad y Estado de Derecho...*, p. 35.

¹⁷³ *La valoración racional de la prueba...*, p. 101.

¹⁷⁴ Nesse sentido: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 81; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2 ed. V. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965, p. 312; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal...*, p. 138.

¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, pp. 123 e 181-182.

¹⁷⁶ *Prova...*, pp. 267-268.

ou lógicos, cabendo ao juiz decidir a esse respeito tanto no curso do procedimento, em pronunciamentos específicos a respeito de propostas de produção de provas, como no momento da valoração.

Nas decisões sobre a admissibilidade, compete ao juiz verificar a presença de determinadas exigências feitas pelo legislador para a produção e ingresso da prova no processo e sua posterior valoração. A justificação do juízo de admissibilidade da prova pode envolver tanto aspectos relacionados aos fatos, que podem caracterizar uma eventual ilicitude, como também questões jurídicas ligadas à determinação da regra jurídica violada, à sua interpretação, à ponderação de interesses quando isso possa ser decisivo para a admissão etc.¹⁷⁷.

3.3.2. Finalidades da motivação.

Parte da doutrina identifica duas grandes finalidades na exigência da motivação das decisões judiciais: uma desempenhada no próprio processo (endoprocessual), sob uma ótica individualista, levando-se em conta apenas o interesse das partes; e outra tendo-se em vista o exercício da função jurisdicional perante a sociedade (extraprocessual)¹⁷⁸.

A finalidade extraprocessual, ou a motivação como garantia política, possibilita o controle social sobre a atividade jurisdicional, uma vez que o juiz que nada fala sobre as provas que beneficiam a parte vencida nada explica a terceiros e foge do controle sobre seu poder, já que pode distorcer os argumentos das partes. Nesse sentido, afirma Perfecto Ibañez

¹⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 125. No mesmo sentido: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1180.

¹⁷⁸ Nesse sentido: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal...*, p. 66; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 70; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 27; TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104. Antonio Magalhães Gomes Filho entende mais adequada a classificação que difere motivação como garantia processual de motivação como garantia geral ou política. Como garantia processual, segue-se a ideia de motivação como mecanismo de proteção de certos valores essenciais do próprio processo. Todavia, segundo o autor, a distinção entre endoprocessual e extraprocessual não só sugere uma proeminência dos aspectos internos ao processo, como também deixa pouco claro o que se quer significar com a expressão “extraprocessual”, dando margem a que se afirme que tal função não seria dar conhecimento das razões à sociedade, mas à comunidade jurídica. Portanto, dada a relevância da dimensão política da motivação, mais apropriado seria denomina-la motivação como garantia política, expressada como um instrumento apto a assegurar as limitações do Poder Judiciário no contexto das instituições políticas do Estado de Direito (*A motivação das decisões penais...*, p. 70).

que a exigência de motivação responde a uma finalidade de controle do discurso do juiz “com o objetivo de garantir até o limite do possível a racionalidade de sua decisão, no marco da racionalidade legal”¹⁷⁹.

Propicia-se pela motivação como garantia política uma comunicação entre a atividade judiciária e a opinião pública, ensejando a apreciação geral da sociedade sobre a forma pela qual é aplicado concretamente o direito¹⁸⁰. Trata-se de atividade verdadeiramente complexa, que envolve não somente a escolha da regra a ser aplicada ao caso, mas também a sua interpretação e, ainda, a verificação da harmonia de seu conteúdo com os preceitos maiores da lei fundamental.

A motivação como garantia política ainda é instrumento para se assegurar a separação de poderes. Este princípio fundamental da República apresenta duas dimensões complementares: uma de índole negativa, correspondente à divisão, controle e limite do poder; e uma de índole positiva, assegurando uma justa e adequada ordenação das funções do Estado, como esquema relacional de competências, funções e responsabilidade dos órgãos estatais. Nesta segunda dimensão, o que importa não é saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que fazem pode ser feito e é feito de forma legítima¹⁸¹.

Nessa seara, é o exame da motivação que vai indicar se, ao aplicar a lei, o juiz não invadiu a esfera de atribuições do legislador e, ainda, se obedeceu aos limites processuais que distinguem a atividade judiciária da legislativa. Exemplifica Antonio Magalhães Gomes Filho: nos casos de aplicação da pena em um sentença condenatória, “É pela motivação, com efeito, que se pode constatar se ao individualizar a pena o juiz não utilizou argumentos que

¹⁷⁹ *Valoração da Prova e Sentença Penal...*, p. 107. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano...*, p. 104; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 69.

¹⁸⁰ Nesse sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 694; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 69. Observa Gomes Filho que a exigência da fundamentação é sempre reforçada nos atos de poder, sobretudo em face da extraordinária valorização da chamada *opinião pública* nas sociedades democráticas contemporâneas (Idem, p. 65). Perfecto Ibañez, inclusive, associa essa função ao próprio surgimento do dever de motivar: “Em verdade, em nosso país, Espanha, como em outros da Europa, apareceu o dever de motivar como consequência, prioritariamente, de exigências de caráter político: busca-se, com ele, uma garantia contra o arbítrio” (*Valoração da Prova e Sentença Penal...*, p. 63).

¹⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, pp. 365-366. Apesar da terminologia consagrada em âmbito doutrinário da expressão “separação de poderes”, lembra Dalmo de Abreu Dallari que pode ser sustentada uma inadequação dessa expressão. Há uma relação muito estreita entre as ideias de *poder* e de *função*, existindo, de fato, apenas uma distribuição de funções. Assim, as diferentes funções do Estado, atribuídas a diferentes órgãos, resultaram meramente do princípio da divisão do trabalho (*Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 216).

já foram ‘consumidos’ pelo legislador no exercício da sua função exclusiva de tipificar as condutas proibidas penalmente”¹⁸².

Um Estado Democrático de Direito reclama publicidade e transparência, o que supõe a permanente explicitação das razões da atuação estatal, revelando-se a função da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nesse contexto, verdadeira garantia fundamental¹⁸³. Portanto, identifica-se também a motivação como garantia política com a proteção dos direitos fundamentais, fazendo-o sob um duplo enfoque: de um lado, serve para verificar se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo legal; por outro, é pela fundamentação que se avalia se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam uma restrição aos direitos fundamentais e se apreciou de maneira correta o contexto fático que a autorizava¹⁸⁴.

Conclui-se que o exercício do poder público deve ser realizado segundo padrões pautados, na denominação de Antonio Magalhães Gomes Filho, de uma “legitimação racional e objetiva”. Deve, ainda, ser orientado por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma “correção argumentativa” como forma de buscar um consenso “por meio de uma atuação estatal que possa refletir os anseios e valores compartilhados pela maioria dos membros da comunidade política”¹⁸⁵.

Já a motivação como garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e seus fundamentos pela via recursal. Trata-se, em verdade, de complementação à motivação como garantia política, uma vez que a observância das regras que disciplinam a atividade processual não deixa de representar uma condição de legitimidade da atuação dos órgãos jurisdicionais.

Num primeiro momento, a exigência da motivação constitui garantia de que as decisões adotadas constituam o resultado de uma efetiva apreciação judicial de todas as questões de fato e de direito suscitadas. Se o processo representa também uma garantia de

¹⁸² *A motivação das decisões penais...*, p. 77.

¹⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 70. No mesmo sentido: GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, pp. 175.

¹⁸⁴ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, p. 178; e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 79.

¹⁸⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 76. Lembra o autor que “a própria noção de *poder* sugere, em contraposição à de *força*, a ideia de *consenso*, pois é justamente tal *consenso* que propicia a *disposição a obedecer*, além da *crença de dever obedecer*” (*g.a.*) (Idem, p. 65). No mesmo sentido: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, p. 322.

um correto exercício do poder, assegurando uma metodologia que possibilita a ampliação das hipóteses de solução dos problemas concretos, não seria razoável admitir que pudesse o juiz, ignorando os resultados dos atos processuais praticados, proferir decisões que constituam produto de simples vontade pessoal¹⁸⁶.

Nesse âmbito processual, a motivação ainda se revela garantia da independência e da imparcialidade do juiz. Primeiramente, ela assegura os limites dessa independência do juiz, evitando que a autonomia em face dos demais poderes do Estado ou de outros órgãos judiciários possa se converter em arbítrio ou representar o perigo de uma “ditadura judicial”. Quanto à sua relação com a imparcialidade, apresentam-se duas faces da motivação: ela garante a imparcialidade por impedir escolhas subjetivas ou que constituam resultado de eventuais pressões externas; e, ao revés, pode também a motivação constituir o ponto de partida para a descoberta desses eventuais motivos espúrios ou subjetivos¹⁸⁷.

Também se garante o contraditório por meio da motivação, uma vez que esta evidencia se as diversas escolhas adotadas durante o percurso lógico do juiz para se chegar à decisão resultaram da positiva apreciação das provas e argumentos trazidos pelas partes. Antes disso, lembra Antonio Magalhães Gomes Filho que a exigência de fundamentação também constitui instrumento eficaz para a tutela da efetividade desse contraditório: “somente mediante *decisão fundamentada* poderá o juiz, por exemplo, indeferir a produção de alguma prova requerida pela parte ou, ainda, excluir a participação em certos atos de aquisição probatória” (*g.a.*)¹⁸⁸.

Nada mais importante para a eficiência da garantia do duplo grau de jurisdição do que se exigir do julgador a completa explicitação do raciocínio decisório. Sem a precisa indicação de todos os passos e opções tomados pelo primeiro julgador para se chegar à

¹⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 81. A motivação como garantia processual, observa o citado doutrinador, revela a chamada *função instrumental* da motivação.

¹⁸⁷ Nesse sentido: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 83. Lembra o autor que, sistematicamente, seria mais correto tratar da independência do juiz quando analisados os aspectos políticos da motivação, uma vez que a independência tem a ver com a posição do juiz no quadro dos órgãos estatais. Todavia, uma vez que independência e imparcialidade apresentam liames extremamente estreitos, opta-se por sua análise conjunta, até porque a primeira é pressuposto da segunda, e a imparcialidade, por sua vez, não deixa de ser uma manifestação da independência do juiz (Idem, pp. 82-83).

¹⁸⁸ *A motivação das decisões penais...*, p. 85. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 695; MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione: La motivazione apparente tra disciplina attuale e prospettive di riforma*, p. 3. Disponível em: http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2016/07/web.07.2016.Osservatorio.Corte_Cass_Motivazione.Muscella.pdf.

decisão, tanto a tarefa da parte que faz a impugnação como a do órgão superior incumbido da reapreciação seriam dificultadas ou mesmo inviabilizadas¹⁸⁹.

Por fim, ressalte-se que há uma relação de instrumentalidade recíproca entre a exigência da motivação e a publicidade processual. Se de um lado a publicidade só pode exercer sua função de garantia em relação à sentença se esta for motivada, de outro lado a motivação não cumpriria o seu papel de possibilitar o controle da atividade judicial se não fosse assegurada a sua publicidade. Cite-se, ainda, que a motivação também é uma condição de legitimidade das decisões que restringem a publicidade externa dos atos processuais: ainda que a Constituição permita essa restrição, a decisão que a impõe deverá ser devidamente fundamentada¹⁹⁰.

Como conclui Michele Taruffo, um juiz de *civil law* está obrigado a oferecer uma motivação detalhada, racional e “objetiva” de suas próprias decisões. Essa necessidade de “objetivação” da decisão se revela, na esteira do já exposto, pela indicação dos critérios seguidos e argumentando acerca das razões pelas quais considerou que um fato estava ou não provado: “É especialmente através da obrigação de motivar as decisões sobre os fatos que as ordens jurídicas de *civil law* pretendem evitar que as decisões sejam tomadas segundo o arbítrio subjetivo do juiz, e conseguir, em troca, que se fundem em argumentações justificativas tais que permitam um controle intersubjetivo da fundamentação da decisão” (*t.l.*)¹⁹¹.

Ante o exposto, a motivação das decisões judiciais penais, sinteticamente, permitirá não apenas constatar as razões que levaram o julgador a autorizar ou não a intervenção estatal e em que medida isso se dará, mas também, e principalmente, se na construção da argumentação empreendida e revelada na motivação houve a interferência de qualquer fator criminológico ou de política criminal inconstitucionais. Somente quando a decisão tiver atendido às duas finalidades mencionadas é que poderá ser considerada

¹⁸⁹ Nesse sentido: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 87. O autor lembra também a função da motivação em desestimular o acesso ao segundo grau, no caso de haver fundamentos convincentes na primeira decisão, bem como que suas “boas razões” seriam um meio apto a assegurar a mais rápida solução da demanda. Todavia, reconhece o autor que a prática, com muita frequência, desmente esse raciocínio, pois o que se vê é a indiscriminada interposição de recursos, sejam boas ou más as razões oferecidas (Idem, p. 86).

¹⁹⁰ Nesse sentido: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 88; GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, pp. 175.

¹⁹¹ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no estándar”. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. Alicante, 2005, p. 119.

suficientemente motivada. Dessa forma, o desrespeito a quaisquer das finalidades da motivação da sentença será caracterizado como ausência de motivação e acarretará a nulidade do decisório¹⁹².

3.3.3. Requisitos, vícios e artifícios da motivação.

Até o presente momento, cuidamos de tratar de como deve ser estruturado o discurso justificativo judicial, de sorte a atender às funções de garantia da motivação. A análise dos requisitos da motivação, por sua vez, foca-se no modo como deve ser elaborada a motivação. Trata-se de, portanto, de estabelecer os pressupostos de extensão, adequação, correção lógica e a correspondência do texto justificativo com os dados processuais, de forma a possibilitar, pela via reversa, a identificação dos eventuais vícios presentes na motivação¹⁹³.

Primeiramente, podem ser elencados os requisitos da *integridade* e da *dialecicidade* da motivação. Quer dizer, devem ser necessariamente objeto de justificação todos os elementos estruturais de cada decisão, respeitando-se, quando da sua elaboração, a garantia do contraditório, de modo que o juiz, ao abordar todos esses aspectos, considere e avalie todos os argumentos e provas trazidos pelas partes¹⁹⁴.

Também a *correção* é requisito da motivação, representando a correspondência entre os elementos considerados como base da decisão e aqueles efetivamente existentes no processo¹⁹⁵.

¹⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 24. No mesmo sentido: MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, p. 268; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 69; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, pp. 323.

¹⁹³ Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 143.

¹⁹⁴ Nesse sentido: MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione...*, p. 3; TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, pp. 694-695; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 145.

¹⁹⁵ Nesse sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 694; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 146. Como lembra Gomes Filho, num primeiro momento e sob uma ótica mais formalista, poderia parecer que a correção não configura propriamente um requisito do discurso justificativo judicial, uma vez que a constatação da mencionada “correspondência” representaria antes um aspecto relacionado ao mérito do provimento. Todavia, não é possível deixar de notar que a correlação entre os dados existentes no processo e a motivação é fundamental à prova da validade desta. A motivação possui estrutura lógica e também conteúdo empírico, pelo que a aceitação racional da conclusão da

Por fim, a *racionalidade* pode ser elencada como requisito da motivação, a qual ainda pode ser dividida em *racionalidade interna* e *racionalidade externa*. A primeira expressa uma relação de não contradição entre normas de um sistema normativo, e de “dedutibilidade” entre normas e decisões. A segunda expressa a “congruência”, seja entre normas de um mesmo sistema normativo, seja entre motivação e decisão. Nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho: “no primeiro, fala-se em uma *racionalidade interna*, para indicar não somente a ausência de contradições, mas também que a decisão é corretamente inferida das próprias premissas; no segundo, o que interessa é a correção da forma pela qual foram adotadas as premissas de que se extrai a conclusão (*racionalidade externa*)” (g.a.)¹⁹⁶.

A partir dos requisitos expostos, podem ser elencados como principais vícios da motivação: a ausência de motivação; a motivação incompleta; a motivação “não dialética”; a falta de correspondência entre motivação e os dados existentes nos autos; a contradição interna; e a contradição externa.

A ausência de motivação deve ser entendida não apenas como uma total omissão de fundamentação, a qual se revela a forma mais evidente de violação ao dever de motivar, mas também nos casos em que, sob a aparência de uma motivação, são apresentados textos que nada dizem, ou que ocultam dolosamente as efetivas razões de decidir¹⁹⁷. Podem ser citadas as fórmulas pré-fabricadas, em que o juiz reproduz afirmações genéricas e vazias de

argumentação não depende apenas do encadeamento lógico dos argumentos, mas também da plausibilidade das premissas que fundamentam o raciocínio: “Assim, somente através do acesso a esse conteúdo é que se efetiva o controle do raciocínio judicial, função básica da motivação” (g.a.) (*A motivação das decisões penais...*, p. 146).

¹⁹⁶ *A motivação das decisões penais...*, p. 148. No âmbito da racionalidade externa, o autor ainda elenca os aspectos da *congruência normativa* e da *congruência narrativa*. Isto porque não basta que o raciocínio jurídico não contenha contradições, pois aquilo que se diz pode não conter nenhuma incoerência interna, mas, apesar disso, não “fazer sentido” como um todo: “No contexto da justificação jurídica, isso vale tanto para as questões de direito, quando se discute o que se denomina *congruência normativa*, como no âmbito das inferências referentes aos fatos, quando se trata da chamada *congruência narrativa*” (g.a.) (Idem, p. 150). Assim, a congruência narrativa como requisito da motivação deve ser entendida como uma justificação racional do julgamento sobre os fatos, enquanto a congruência normativa é questão de seu “fazer sentido”, em virtude de as normas serem correlatas, instrumental ou intrinsecamente, como um conjunto, ou para a realização de um ou mais valores comuns. No mesmo sentido: ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal...*, pp. 168-169.

¹⁹⁷ A jurisprudência italiana oscila quando da apreciação da chamada “motivação aparente”, a qual engloba elementos dos vícios de ausência de motivação e de incompletude de motivação (que trataremos a seguir), notadamente associada aos casos em que há uma mera exposição descritiva dos elementos de fato, sem que resultem indicados ou valorados juridicamente os elementos concretos sobre os quais deveria o juiz exercitar uma análise crítica. Expondo interessante julgado da Primeira Seção da Corte de Cassação Penal italiana, o qual conclui pelo afastamento dessa técnica decisória, ver: MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione: La motivazione apparente tra disciplina attuale e prospettive di riforma*. Disponível em: http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2016/07/web.07.2016.Osservatorio.Corte_Cass_Motivazione.Muscella.pdf.

conteúdo, que podem ser aplicadas de modo indiscriminado a uma série de situações, ou as motivações *tautológicas*, “muito comuns nos provimentos cautelares, nas quais são apresentadas falaciosamente, como se fossem razões, as próprias palavras do legislador”¹⁹⁸.

A motivação será incompleta com a falta de fundamentação de um ou mais pontos que deveriam ser motivados em face do dispositivo decisório. Também será incompleta a motivação que deixar de explicitar o porquê de os dados fornecidos pela prova terem sido valorados de determinado modo¹⁹⁹. No caso em que uma prova ou um fato provado não são tomados em consideração pela narrativa judicial, haverá essa incompletude. Não é incomum sentenças que deixam de se referir a determinados depoimentos testemunhais relevantes, a parte deles, ou ainda a fatos provados. Em qualquer dos casos, o resultado será a nulidade absoluta da sentença²⁰⁰.

Em crítica a esse vício decisório, conclui Michele Taruffo: “Uma decisão que prescinde da valoração da credibilidade de cada uma das provas e não se preocupa em estabelecer com detalhes quais fatos restaram demonstrados e quais fatos não foram, pode ser justificadamente considerada como uma péssima modalidade de decisão”²⁰¹.

¹⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 153. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32; TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 696. Nesse sentido, podemos citar o recente texto do Novo Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe, em seu artigo 489, §1º, inciso III, que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

¹⁹⁹ MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione...*, p. 2.

²⁰⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, p. 284. Exemplificam os autores: “se o juiz preferiu as provas A e B – que favorecem o autor – em detrimento da prova C – que beneficia o réu –, não basta fazer referência às provas A e B, sendo necessário explicar a razão pela qual a prova C não o convenceu” (Idem, p. 284). No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 25; TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 696; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 154; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 1092. Cabe ressaltar, como lembra Gustavo Badaró, que a jurisprudência também tem distinguido a ausência ou carência de motivação (decisão nula, como visto) da chamada decisão sucinta, a qual tem-se considerado válida. A decisão sucinta (ou “com fundamentação concisa”, como denomina Spiegelberg) já foi aceita pelo Supremo Tribunal espanhol para embasar um mandado de busca domiciliar, ressaltando-se que, mesmo concisa, era possível avaliar que houve uma interpretação concreta do magistrado no caso em análise (*Derecho Procesal Penal...*, p. 344). Também se diferenciam as ausências ou carências de motivação extrínseca e intrínseca (ambas inválidas). No primeiro caso, o juiz não indica os elementos em que baseou o próprio convencimento. Já a ausência de motivação intrínseca ocorre toda vez que a sentença tenha deixado de levar em consideração elementos de decisiva relevância que, se tivessem sido considerados ou examinados, poderiam ter levado a resultado diverso (*Processo Penal...*, p. 25). Novamente, atento aos vícios da motivação, dispõe o Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 489, §1º, inciso III, que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

²⁰¹ Tres observaciones sobre..., p. 119.

Haverá motivação “não dialética” quando a decisão deixar de dar conta da real consideração de todos os dados trazidos à discussão da causa pelas partes. Segundo o Supremo Tribunal Federal, esse vício de motivação se concretiza especialmente pela falta de consideração das alegações apresentadas pela defesa, uma vez que “a decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu”²⁰².

Faltarão correspondência entre a motivação e os dados existentes nos autos quando o juiz indicar que não levou em conta tudo aquilo que deveria ter sido considerado. No âmbito probatório, em especial, dar-se-á esse vício pela omissão do juiz na valoração de uma prova existente nos autos ou, ao contrário, pela inclusão no raciocínio decisório de uma prova inexistente. E, quando falamos em prova inexistente, na esteira do entendimento exposto no item 2.2.5 desta dissertação, queremos abranger também o julgamento a partir de prova vedada pela ordem jurídica ou ilícita, mas que, por algum motivo assim não tenha sido declarada nem desentranhada, “na medida em que esta [leia-se, a motivação] reflete uma cognição realizada com base em dados que, embora existentes nos autos, eram *inadmissíveis* no processo e, portanto, igualmente *inadmissíveis* no raciocínio decisório” (*g.a.*)²⁰³.

Revela-se a contradição interna na motivação de uma decisão pela falta de compatibilidade entre as suas diversas asserções. Trata-se de vício de especial gravidade, uma vez que, além de revelar a falta de correção no desenvolvimento do raciocínio decisório, torna inviável o próprio controle deste, “pois uma argumentação que contenha asserções inconciliáveis impede aos destinatários da motivação conhecer claramente a *ratio decidendi*, frustrando a sua função de garantia”²⁰⁴.

Destacam-se, então, três hipóteses fundamentais em que tal vício se configura: ocorrência de contradição entre o dispositivo e as conclusões adotadas na fundamentação;

²⁰² STF – HC 74.073/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, j. 20.05.1997. Da ementa do acórdão: “A DECISÃO JUDICIAL DEVE ANALISAR TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELA DEFESA DO RÉU. - Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado”. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 154. Na disciplina do Novo Código de Processo Civil, cite-se o já mencionado artigo 489, §1º, agora em seu inciso IV: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

²⁰³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 157. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 693.

²⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 159.

pela incompatibilidade entre diversas argumentações apresentadas no mesmo contexto justificativo (*e.g.*, se o juiz reconhecer a primariedade do agente na primeira fase de aplicação da pena e, em seguida, invocar reincidência para negar o direito de recorrer em liberdade); e, ainda, a incompatibilidade lógica na justificação de um mesmo tópico da decisão (*v.g.*, se o juiz valorar positivamente uma prova e, em seguida, concluir não estar provado o fato)²⁰⁵.

Por fim, a contradição externa está relacionada com as incongruências normativa e narrativa da decisão, de modo que o vício não está na incompatibilidade das asserções utilizadas, mas na questão de as conclusões relativas às questões de direito e de fato não “fazerem sentido”, respectivamente, em função dos princípios e valores da ordem jurídica ou diante de uma visão “racional” do mundo que explique os eventos revelados pela percepção²⁰⁶.

Além dos vícios da motivação, Antonio Magalhães Gomes Filho identifica os denominados artifícios da motivação. São situações em que o empenho justificativo é significativamente reduzido, em nome de outros valores como a economia processual e a rapidez na solução dos litígios. Nem sempre é possível falar propriamente em um *vício* de motivação nesses casos, todavia, o discurso justificativo apresenta características capazes de colocar em risco as funções de garantia da motivação²⁰⁷. Podem ser elencados como tais artifícios a motivação *ad relationem* (ou *per relationem*) e a motivação implícita.

Haverá motivação *per relationem* quando o magistrado não fornecer ele mesmo suas razões de decidir, limitando-se a invocar os fundamentos de um outro ato já praticado, de modo a acolhe-los como sua razão de julgamento, num fenômeno de “copia e cola informático”, como aponta Alessia Muscella²⁰⁸.

²⁰⁵ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, pp. 561-562; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 159.

²⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 160. Segundo o autor, a contradição externa difere dos demais vícios apresentados, uma vez que não há propriamente uma “falta” de motivação, já que esta existe, ainda que a justificação não seja a melhor. Dessa forma, quando diante de uma contradição externa, salvo casos teratológicos, a medida a ser tomada não seria a invalidação da decisão, mas sim a admissão de sua possível correção pelos meios ordinários de impugnação. Para a exposição dos conceitos de incongruência normativa e incongruência narrativa, v. nota 196.

²⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 161.

²⁰⁸ *Osservatorio sulla Corte di cassazione...*, pp. 3-4.

Parte da doutrina afirma ser inadmissível essa forma de motivação, por entender pela absoluta necessidade de explicitação pelo próprio magistrado de suas razões²⁰⁹. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “O dever de motivar as decisões implica necessariamente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Não se pode admitir que a Corte estadual limite-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos e a adotar o parecer ministerial, sendo de rigor que acrescente fundamentação que seja própria do órgão julgante”²¹⁰. Em conclusão a Relatora Ministra Maria Thereza Assis Moura: “A mera repetição da decisão atacada, além de desrespeitar o regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal, causa prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas a cômoda reiteração”.

Mesmo nas hipóteses em que parte da doutrina entende admissível a motivação *ad relationem*, ressalvas são feitas.

Primeiramente, por mais singela que seja a ressalva, a motivação *ad relationem* só seria, em tese, admitida, se aplicada entre textos justificativos de provimentos em que subsista um nexos quanto ao objeto da deliberação. Trata-se da necessidade de uma identidade atual e concreta entre as premissas das duas decisões. Essa necessidade da atualidade pode revelar inadmissível a motivação *per relationem*, *e.g.*, em uma decisão acerca da prisão preventiva de um acusado em que é feita puramente remissão a uma decisão mais antiga, sem que sejam considerados dados novos sobre aquisições probatórias e exigências cautelares²¹¹.

Em segundo lugar, exige-se também uma identidade quanto à profundidade de cognição realizadas nos dois provimentos que se integram, de modo que um provimento de cognição sumária não pode ser a referência para que se faça uma motivação *ad relationem* na sentença.

²⁰⁹ Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional...*, p. 138; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 26; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais...*, pp. 234-236.

²¹⁰ HC 134788/RJ. Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura. 6ª Turma, j. 28.04.2011. Também foi esse o entendimento adotado pelo legislador recentemente, quando da promulgação do Novo Código de Processo Civil, o qual, em seu artigo 489, §1º, inciso I, que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

²¹¹ O exemplo é de Antonio Magalhães Gomes Filho, em: *A motivação das decisões penais...*, p. 165.

Outra consideração diz respeito à legitimidade do autor do texto a que se faz a referência para justificar a decisão judicial, uma vez que apenas atos processuais provenientes do juiz ou juízes que tenham tomado parte na deliberação são admissíveis a este artifício. Nada impede que o juiz acolha integralmente os argumentos das partes, v.g., numa total procedência da ação ou provimento do recurso, mas isto não o desonera de explicitar as razões de seu próprio convencimento²¹².

Por fim, deve também ser considerada a ordem cronológica dos provimentos integrados para se decidir acerca da possibilidade ou impossibilidade de uma motivação *ad relationem*. Nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho: “diante da exigência inafastável de que as razões possam ser conhecidas pelos interessados, só é possível imaginar a remissão a um texto antecedente; não seria válido, por exemplo, que o juiz indeferisse um pedido de realização de prova formulado durante a instrução, diferindo a justificação para o momento da sentença”²¹³.

Na Espanha, parte da doutrina critica algumas decisões do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal espanhol, em que se entendeu devidamente motivado o mandado de busca se apenas reproduzidos os termos justificativos do ofício policial requerendo a expedição do *writ*²¹⁴.

A motivação implícita, por sua vez, revela-se quando o exame de todos os pontos da decisão, ainda que não explicitamente colocados, resulta implicitamente realizado, na análise da sentença como um todo, segundo regras da lógica. Assim, a motivação implícita “ocorre se o argumento expresso num ponto funciona como justificação não expressa para

²¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 26. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 165-166. Nesse sentido também parte da jurisprudência do STJ: HC 310.625/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 20/02/2015; e HC n. 286.080/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJe 13/10/2014. Em sentido contrário, também já entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de adoção do parecer do Ministério Público (REsp 1263045/PR, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 16/02/2012; EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 14/02/2013; HC 220.562/SP, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), 6ª Turma, DJe 25/02/2013; e HC 201.889/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, 5ª Turma, DJe 02/10/2012). Crítico a esta última posição do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Magalhães Gomes Filho ensina que, além de não atender à mencionada exigência de legitimidade, transferindo o ônus de motivar a sujeito diverso, adoção do parecer do Ministério Público “também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a *imparcialidade* da decisão, pois não é certo que as próprias *razões* do provimento sejam dadas por uma das partes” (g.a.) (*A motivação das decisões penais...*, p. 166).

²¹³ *A motivação das decisões penais...*, p. 166.

²¹⁴ Nesse sentido, referindo-se, dentre outros, aos julgados STC 14 de 15 de janeiro de 1991, e SSTS de 30 de janeiro de 2006 e de 13 de fevereiro de 2007: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 354.

outros pontos ligados ao primeiro por um nexos consequencialidade lógica ou jurídica”²¹⁵ (*t.l.*). Para tanto, devemos estar diante de uma relação de implicação necessária, de modo que a aceitação de uma questão em determinado ponto leve à exclusão de outra, ou vice-versa.

No mesmo sentido, temos que, para que seja admitida a motivação implícita, a integração da argumentação omissa deve supor a possibilidade de se deduzirem logicamente da motivação dada para justificar determinada solução as razões que ampararam outra escolha adotada no mesmo contexto decisório com certeza e de forma imediata. Exemplifica Antonio Magalhães Gomes Filho: “apresentados expressamente os motivos que levam ao reconhecimento do furto, é possível deduzir, sem nenhuma dificuldade, que esses mesmos motivos também foram os adotados para reconhecer um dos elementos do tipo de receptação”²¹⁶.

Esse artifício de motivação já foi expressamente acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, em linha argumentativa semelhante à acima exposta, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.383/RS, fazendo-o com a ressalva de que só deva ser admitida a motivação implícita em casos singulares, nos quais os motivos que justificam a solução de uma questão sirvam, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial²¹⁷.

Diversamente, Gustavo Badaró elenca a motivação implícita como um vício da motivação, não admitindo o emprego de tal artifício. Primeiro, observa o autor, porque a contraposição lógica entre duas asserções nem sempre é necessariamente alternativa, posto que é possível que uma não contenha em si as razões de exclusão da outra e, ainda, nem sempre uma questão admitirá apenas duas soluções. Segundo, porque, mesmo nos casos em que só haja duas alternativas, a motivação implícita apenas indicaria a própria decisão em si, isto é, a resolução da questão, mas não as respectivas justificações e razões: “O importante

²¹⁵ MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione...*, p. 5.

²¹⁶ *A motivação das decisões penais...*, p. 163.

²¹⁷ STF – HC 84.383/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. Segunda Turma, j. 31.10.2006. Da ementa do acórdão, o qual, na verdade, anula o acórdão estadual que utilizara o artifício mencionado: “Sentença condenatória. Provimento a recurso exclusivo do Ministério Público contra sentença absolutória. Acórdão que deixou de apreciar tese suscitada pela defesa nas contra-razões. Matéria compreendida no âmbito do efeito devolutivo. Nulidade caracterizada. *Não ocorrência da chamada motivação implícita*. Ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, bem como ao da fundamentação necessária. Acórdão cassado. HC concedido para esse fim. Aplicação dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF. *É nulo o acórdão que, provendo recurso exclusivo do representante do Ministério Público, condena o réu, sem manifestar-se sobre tese suscitada pela defesa nas contra-razões*” (g.n.).

não é conhecer o resultado, mas o desenvolvimento argumentativo de fato e de direito que levou àquele resultado. Em suma, a motivação implícita permite saber que a questão foi rejeitada, mas não permite conhecer o porquê²¹⁸.

3.4. Juízo de admissibilidade e o direito à prova.

Antonio Magalhães Gomes Filho caracteriza o direito à prova como sendo o direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, o qual deve ser reconhecido mesmo “antes” ou “fora” do processo, inclusive como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou que possam evita-la²¹⁹. Trata-se de aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa.

Provar os fatos, por sua vez, significa oferecer ao juiz elementos de juízo suficientes para demonstrar que os enunciados relativos aos fatos da causa podem ser considerados verdadeiros, uma vez que foram confirmados pelos meios de prova disponíveis²²⁰. Trata-se, ainda, de demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 26. No mesmo sentido: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal...*, p. 104; TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 437; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação...*, p. 90; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34; e MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, p. 284. Segundo Marinoni e Arenhart, “não há como pensar em justificação implícita, que, na realidade, é uma maneira de acobertar a inexistência de justificação. Ora, é preciso que o juiz faça referência a todas as provas, explicitando os motivos que o levaram a acolher umas e não outras”. No mesmo sentido, conclui Perfecto Ibañez: “A exigência de transferir a terceiros os (verdadeiros) motivos da decisão, longe de resolver-se em uma simples exteriorização formal destes, retroatua sobre a própria dinâmica de formação da motivação e da própria resolução em todos os seus planos; obrigando a quem a adota a operar, já desde o princípio, com uns parâmetros de racionalidade expressa e de consciência autocrítica muito mais exigentes” (*Valoração da Prova e Sentença Penal...*, pp. 105-106).

²¹⁹ *Direito à prova no processo penal...*, p. 85. No mesmo sentido: PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro..., pp. 27-28.

²²⁰ TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre...*, p. 124. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p.19. Observa Mirjan Damaska que, geralmente, a proposição de prova é direcionada a estabelecer a veracidade de proposições fáticas, e não a correção do raciocínio legal. E conclui: “uma proposição legal pode, em certos momentos, ser objeto de prova. Mas a intenção da atividade probatória é demonstrar que um preceito *existe*, e não que uma certa solução legal é apropriada para aquele caso” (*t.l.*) (*Presentation of Evidence...*, p. 1086).

um determinado fato num espaço e tempo razoáveis, procedendo-se à verificação dos impulsos criadores do fato e as circunstâncias deste²²¹.

Nessa seara, só podem ser considerados provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório²²².

Partindo-se dessas constatações, podem ser identificados dois primeiros momentos do direito à prova: um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer esse direito; e um direito de proposição, quer dizer, um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório no processo²²³.

Todavia, esse direito de proposição será mera ilusão se não estiver acompanhado de um concreto direito à admissão das provas propostas caso estas não encontrem vedação constitucional ou infraconstitucional, um direito a um idôneo juízo de (in)admissibilidade: “De fato, é no pronunciamento judicial relativo à *admissão* das provas que se encontra o *núcleo* do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia” (*g.a.*)²²⁴.

²²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal..., p. 39.

²²² Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *Prueba, Verdad y Estado de Derecho...*, p. 35; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

²²³ Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal...*, pp. 83-89.

²²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 88. Como trataremos nos itens seguintes, o direito à prova também compreende o direito à valoração da prova produzida, pouco importando qual venha a ser o sentido da decisão judicial. Dessa forma, resumidamente, podemos falar em cinco momentos envolvendo o conteúdo do direito à prova: (1) investigação; (2) propositura; (3) admissão; (4) produção; e (5) valoração. Nesse mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual...*, p.19; MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, p. 267; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, p. 4. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf. Entendendo serem quatro os momentos do procedimento probatório, não incluindo o momento da investigação: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...*, p. 416; ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal...*, p. 161; MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva...*, p. 89.

O direito à prova, porém, admite restrições legítimas, nos casos em que outros valores tutelados constitucionalmente devam prevalecer. Isto é, o direito à prova não implica o “direito à admissão de todas as provas” requeridas pelas partes, encontrando limites. Esses limites à admissibilidade da prova podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos) ou processuais (lógicos ou epistemológicos)²²⁵.

Os limites políticos se justificam pela necessidade de proteção de outros valores, mesmo que capazes de colocar em risco a “descoberta da verdade”, tendo por exemplo clássico a vedação das provas ilícitas (v. item 2.2.5).

Os limites lógicos, por sua vez, determinam a exclusão de provas impertinentes e irrelevantes. Quer dizer, o juízo de admissibilidade da prova exige uma relação lógica entre o *thema probandum* e o tema que o meio de prova poderá demonstrar. O meio de prova deve ter a aptidão de demonstrar um fato que se relaciona com o *thema probandum*, seja diretamente, ou mesmo indiretamente, mas de forma a logicamente poder de influenciar no resultado do processo²²⁶.

Associando-a à questão da relevância das provas, Adrian A. S. Zuckerman também elenca como limitação lógica da admissibilidade das provas a economia processual num sentido amplo, englobando os custos da produção da prova e o tempo que ela pode demandar do juiz em sua apreciação²²⁷.

Como tratamos no início do capítulo (v. item 3.3), ante a impossibilidade de efetivamente se constatar a “verdade” ontológica no processo, as decisões judiciais devem

²²⁵ Nesse sentido: DAMASKA, Mirjan R. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure...*, p. 513; TUCCI, Rogerio. *Direitos e garantias...*, pp. 229-230; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal...*, pp. 92-93; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão...*, p. 5.

²²⁶ Observa Gustavo Badaró que, no âmbito dos países de *common law*, as noções tratadas acerca dos critérios lógicos de admissibilidade estão ligadas às ideias de *materiality* (materialidade) e *relevancy* (relevância) A expressão *materiality* diz respeito à relação ou conexão entre o que pode ser demonstrado pelo meio de prova e o fato principal a ser provado (crítico à noção de *materiality* e entendendo não ser uma questão de prova, v. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence*. Clarendon Press: Oxford, 1989, pp. 52-53). Já o conceito de *relevancy* diz respeito à aptidão do meio de prova para demonstrar a existência ou inexistência de um fato, através do qual seja possível realizar uma inferência sobre o fato principal (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão...*, p. 19).

²²⁷ ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence...*, pp. 50-51. No mesmo sentido, ao analisarem o silogismo judicial elaborado para a tomada de decisões, Paolo Tonini e Carlotta Conti observam que: “ao mesmo tempo, tal ordem [de realização do silogismo] constitui fruto de considerações de ‘economia’: cada questão constitui pressuposto para se afrontar a sucessiva. Por exemplo, se há provas de que o fato [pressuposto] não existiu não há necessidade de se investigar se o imputado o cometeu e, menos ainda, enfrentar as questões relativas à norma incriminadora violada” (*t.l.*) (*Il diritto delle prove penali...*, p. 44).

ser pautadas em probabilidade²²⁸. A *relevancy*, dessa forma, dirá respeito à aptidão para se considerar provável que determinado fato tenha ocorrido. Todavia, segundo o citado professor de Oxford, tal conceito não se esgota nessa premissa²²⁹.

A questão da relevância não envolve apenas determinar se uma prova afeta a probabilidade de que um fato tenha ocorrido, mas também avalia se aquela prova “vale a pena” ser admitida diante de eventuais dispêndios que possa trazer. Quer dizer, “o grau de relevância necessário para qualifica-la como admissível não é um critério fixo, como um ponto numa escala matemática de persuasão. É um critério variável, o valor comprovativo da prova deve ser colocado na balança com as desvantagens de admiti-la, uma vez que pode demandar muito tempo de avaliação ou causar ainda mais confusão” (*t.l.*)²³⁰.

No âmbito do juízo de admissibilidade, no entendimento do citado autor, o julgador está: “preocupado em fazer uma estimativa robusta da potencial contribuição que a prova em questão possa trazer e se será substancial o suficiente para justificar sua admissão. O juízo de admissibilidade é, portanto, um teste composto, feito com o entrelaçamento de considerações lógico-probabilísticas e de utilidade prática”²³¹.

Todavia, sabemos que a lei não estipula regras para se determinar se um elemento de prova tem potencial probatório suficiente para justificar sua admissão. Dessa forma, entende Zuckerman que decisões anteriores podem ajudar a identificar metas ou políticas que devam ser perseguidas na admissão da prova²³².

Entendemos que um sistema que pretenda respeitar o direito à prova deve adotar, nas palavras de Gustavo Badaró, um “regime de inclusão”. Quer dizer, como regra, os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos. Somente haverá exclusão nos casos de manifesta irrelevância e/ou impertinência. E mais, entende o autor que não caberá à parte

²²⁸ Nesse sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...*, p. 161.

²²⁹ Para uma análise aprofundada dos conceitos de pertinência e relevância, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão...*; e ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence...*, pp. 47-58.

²³⁰ ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence...*, p.50.

²³¹ *Idem*, p. 51.

²³² Há, *contrario sensu*, o aspecto negativo da admissibilidade, o qual possui regras determinadas, situações em que a lei proíbe a utilização da prova, independentemente do peso que possa ter para a formação da decisão (caso das *exclusionary rules*).

que requereu a prova demonstrar sua relevância, mas ao juiz, que, constatando manifesta irrelevância da prova, poderá indeferi-la²³³.

Por fim, os limites epistemológicos buscam restringir o ingresso de elementos de provas que, embora relevantes e dotados de elevado potencial persuasivo, poderiam gerar uma inexata reconstrução histórica dos fatos. Como observa Larry Laudan, cada sistema de justiça penal está usualmente governado por três categorias de valores: os valores extra-epistêmicos, nos quais se destacam as considerações acerca da oportunidade das medidas, as relacionadas com os direitos dos acusados e as vinculadas com a transparência e com o devido processo; o conjunto que o autor denomina “núcleo duro da epistemologia jurídica”, cujo interesse está em reduzir a probabilidade de um juízo errôneo (leia-se, “falso”), destacando-se como principais erros a condenação de alguém que não cometeu o delito e a absolvição daquele que cometeu; e, ainda, os valores “quase-epistêmicos”. Neste conjunto, o interesse não está propriamente na redução dos erros, mas em sua “distribuição” de uma maneira particular. Nos valores ditos “quase-epistêmicos”, ainda que também se centrem no controle do erro, “seus motivos não derivam de sua relação com a verdade nem com a redução do erro, mas sim de uma decisão política segundo a qual certos tipos de erro são piores, menos aceitáveis, que outros”²³⁴.

Dessa forma, conclui-se que, correlato ao direito à prova, existe também um verdadeiro direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes, concretizado quando do exercício do juízo de admissibilidade do magistrado. Do mesmo modo, para aquelas provas admitidas, devem ser expostas as razões pelas quais determinadas provas não foram consideradas na formação do juízo de valoração prova. Nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho: “ao direito à introdução de provas corresponde não somente um direito à valoração destas, mas sobretudo um *direito à motivação* que exprima

²³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão...*, pp. 20-21. Lembra o autor que a relevância da prova é um juízo de relação entre o fato a ser provado pelo meio proposto e o fato alegado que se enquadra no tipo abstrato descrito na norma. Dessa forma, o controle judicial para a admissibilidade da prova envolve um processo de subsunção. Mas é um julgamento *ex ante*, um juízo hipotético de subsunção, o qual será realizado entre o fato abstrato que se pretende provar pelo meio requerido e o fato imputado (Idem, pp. 21-22).

²³⁴ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Trad. Raúl Calvo Soler. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. San Juan de Alicante, 2005, pp. 96-97. É na categoria dos valores ditos “quase-epistêmicos” que Laudan afirma estarem inseridos os *standards* probatórios, que analisaremos adiante. No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial...*, p. 1296.

e justifique, de forma expressa e completa, a avaliação realizada, ainda que para reconhecer sua inidoneidade para a formação do convencimento” (g.a.)²³⁵.

3.5. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova.

Na razão das similitudes e das particularidades do juízo de admissibilidade e do juízo de valoração da prova, deve-se analisar as características que os distinguem e que os aproximam.

O primeiro, em regra, dá-se no momento em que se pretende a produção da prova, o qual, por sua vez, pode ocorrer em situações de tempo e espaço variadas: a prova normalmente será produzida durante a fase instrutória, mas também pode ocorrer em fase pré-processual, em investigação, revelando-se preparatória ao processo principal.

A valoração, por sua vez, é principalmente realizada depois de elaborado o conjunto de elementos de juízo sobre o qual deverá ser tomada a decisão, no que Marina Gascón Abellán denomina um “juízo de aceitabilidade” dos resultados produzidos pelos meios de prova²³⁶. Todavia, isso não quer dizer que até esse momento não tenha havido valoração, devendo ser feita também uma valoração *in itinere* nos momentos de admissão e produção da prova²³⁷.

Observa Michele Taruffo que, em âmbito doutrinário, discute-se se a valoração deve ser feita de modo individualizado, quer dizer, prova por prova, ou de maneira

²³⁵ *A motivação das decisões penais...*, p. 130-131. O direito à prova, cabe lembrar, encontra previsão no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14(3)(e), que garante a todo acusado o direito “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação” e, de forma semelhante, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8(2)(f), o qual dispõe que: “o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Embora os dispositivos citados se refiram à prova testemunhal, prevalece o entendimento de que seu âmbito de proteção assegura o direito à prova de qualquer natureza, e não apenas às fontes de provas orais. Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal...*, p. 74; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão...*, p. 4.

²³⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...*, p. 157. Segundo a autora, a valoração da prova consiste na verificação dos enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que são julgados.

²³⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, p. 91. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional...*, pp. 40-41.

denominada holística. Neste caso, a decisão final sobre os fatos consistiria na eleição, entre distintas narrações relativas ao conjunto dos fatos de uma controvérsia, daquela que se apresente como mais “plausível”.

Crítico desse segundo modo de valoração, o autor italiano lembra que não existe uma medida “objetiva” da plausibilidade das hipóteses acerca de um fato, bem como que toda narração será ou não plausível de acordo com quais sejam os modelos de referência que se adotem por parte do indivíduo que irá formular uma valoração desse tipo²³⁸.

Ademais, continua o autor, a plausibilidade da narração de um fato parece muito similar ao que se poderia definir como “verossimilhança”. Seria plausível aquilo que é verossímil, porém, o verossímil não necessariamente será verdadeiro, mas aquilo que pareça corresponder com a “normalidade” de comportamento na situação em questão. Sabemos, no entanto, que o importante no processo não é o relato ser plausível, mas sim verdadeiro²³⁹.

Taruffo entende que a perspectiva de valoração do juiz tem que ser, forçosamente, *analítica*: as provas devem se referir a todos os fatos concretos que compõem a situação que é objeto do juízo. O juiz não poderia imaginar, conjecturar ou inventar fatos que não tenham sido demonstrados, só porque correspondem aos seus esquemas mentais pessoais. Dessa forma, o juiz deve estabelecer quais fatos foram provados, analisando-os “um por um” e valorando o grau de credibilidade de cada prova concreta relativa a cada fato concreto²⁴⁰.

A valoração holística, todavia, não é de todo afastada, mas apenas diferida. Dar-se-á na decisão final sobre os fatos, quando se trata de estabelecer se os fatos *que foram provados*, e somente eles, podem ou não ser integrados em uma narração conjunta plausível e coerente (de modo que o critério da plausibilidade só será aplicado residualmente, quando ainda restarem diversas hipóteses possíveis de reconstrução dos fatos)²⁴¹.

²³⁸ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre..., p. 123.

²³⁹ Ao que conclui o autor: “se uma história é (como usualmente é) uma narração encadeada de eventos, será verdadeira se, e somente se, todos os eventos conectados realmente ocorreram. Se uma ou várias ligações da cadeia são duvidosas, ou se simplesmente não foram provadas, a história não pode ser considerada verídica em seu conjunto, dado que a força persuasiva da cadeia é igual à força de sua ligação mais frágil” (*t.l.*) (Prueba, Verdad y Estado de Derecho..., p. 38).

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre..., p. 123.

²⁴¹ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre..., p. 125; MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione...*, p. 4; CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 1ª ed. Giuffrè: Milano, 2012, p. 45; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 291; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 127. Observa Gomes Filho que pode suceder que os fatos provados não integrem nenhum relato coerente ou plausível. O juiz deverá levar em conta essa situação e decidir, em consequência: se tratava-se de demonstrar a verdade de uma estória relativa à culpabilidade do imputado e esta demonstração falhou, o juiz terá, em todo caso, de decidir, mas a partir das

Antonio Magalhães Gomes Filho, por sua vez, ensina que, na verdade, é a própria atividade de valoração da prova que deve possuir dois momentos: o primeiro é constituído por uma apreciação isolada sobre a aptidão de cada elemento obtido para servir de fundamento ao convencimento judicial; o segundo é representado pelo conjunto de operações inferenciais, realizadas a partir do material informativo reputado idôneo, com o objetivo de atingir o “resultado” da prova, que é a reconstrução dos fatos sobre os quais incidirá a decisão²⁴².

A despeito da inicial diversidade dos institutos, há situações em que os juízos de valoração e de admissibilidade bastante se aproximam. Quando da análise isolada dos elementos de prova no primeiro momento do juízo de valoração, Antonio Magalhães Gomes Filho assevera que o magistrado deve exercer controles de atendibilidade, idoneidade, credibilidade e autenticidade da prova, os quais são realizados no próprio contexto da aquisição do material probatório²⁴³.

São operações semelhantes às realizadas em juízo de admissibilidade, no qual deve o julgador admitir ou inadmitir a prova requerida com base nos critérios legalmente estipulados, passando por critérios de idoneidade e credibilidade da informação trazida pelo requerente da prova quando esta possa implicar restrições a direitos fundamentais, por exemplo.

Sabemos que nossa ordem jurídica processual, ainda que com algumas exceções em que se admite o juízo da íntima convicção, adota um sistema de valoração da prova pautado na persuasão racional ou livre convencimento motivado do juiz, pelo qual o juiz deve valorar as provas de forma lógica e racional, confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência.

O conflito entre acusação e defesa não pode ser resolvido por um “ato de fé”, como expressam Paolo Tonini e Carlotta Conti, mas sim mediante um raciocínio embasado

regras de ônus da prova. Pode também ocorrer que os fatos provados possam ser integrados a hipóteses distintas. Neste caso, é razoável considerar que o juiz apresente como fundamento de sua decisão a hipótese que resulte relativamente mais plausível. Portanto, como dito, o critério de decisão pela plausibilidade é absolutamente residual, sendo possível sua utilização “quando da necessidade de eleição entre distintas hipóteses reconstitutivas que tenham todas o mesmo ‘valor de verdade’” (Idem, pp. 125-126).

²⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 127. Com entendimento semelhante: ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence...*, p. 54.

²⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 127.

em princípios racionais²⁴⁴. No mesmo sentido é a lição de Michele Taruffo, concluindo que: “o princípio da livre convicção libertou o juiz das regras da prova legal, mas não o desvinculou das regras da razão” (*t.l.*)²⁴⁵.

Nessa seara, se valorar consiste em avaliar se pode ou não se dar por provado um fato controvertido, valorar livre e racionalmente consiste, mais precisamente, em avaliar se o grau de probabilidade alcançado pela hipótese é suficiente para aceita-la como provada. Como conclui Marina Gascón Abellán: “Por isso, a principal tarefa que enfrenta uma valoração racional é a de *medir a probabilidade*. E, por isso, o objetivo dos modelos de valoração há de ser prover esquemas racionais para se determinar o grau de probabilidade da hipótese, ou sua aceitabilidade” (*t.l.*) (*g.a.*)²⁴⁶. O êxito dessa tarefa, como veremos adiante, demanda a introdução de métodos e práticas probatórias de verificação dos fatos que possam ser efetivamente confrontados em contraditório e testados relativamente ao seu potencial de explicação da realidade²⁴⁷.

Ademais, ainda que a persuasão racional estipule que o juiz tem liberdade para decidir, ele deverá fazê-lo somente levando em conta as provas existentes no processo²⁴⁸. Isto não significa, todavia, que uma apreciação valorativa pautada num convencimento

²⁴⁴ CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 1ª ed. Giuffrè: Milano, 2012, pp. 44-45. No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *Tres observaciones...*, p. 121; PRADO, Geraldo. *A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro...*, p. 24

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano 38, n. 114, 2005, pp. 1296-1297. Salienta Nereu Giacomolli que a expressão “livre convencimento” foi cunhada no iluminismo, com o escopo de libertação do *ancien regime*, da valoração legal das provas, mas que não se trata de uma expressão adequada. Isto porque transmite essa ideia de perfeição, de liberdade absoluta acerca da prova. Como já comentamos, não é esse o sentido: “[O juiz] É livre no sentido de que não pode ser coagido em sua capacidade de entendimento e determinação, mas tem o dever de justificar, de exteriorizar sua decisão com base nas provas dos autos” (*Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional...*, pp. 45-46). Reforçando tal visão, afirma Marina Gascón Abellán que “a livre apreciação não traz liberdade para a arbitrariedade; o juiz tem de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas não pode ser livre para não observar uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos”. E conclui: “Se no mundo moderno o método científico, e não a revelação ou a intuição, constitui o paradigma da verdade, parece razoável que para a realização da verdade judicial, que não é senão uma espécie de verdade, deva-se também se socorrer a esse método na hora de valorar ou verificar as provas acostadas” (*t.l.*) (*Los hechos en el derecho...*, pp. 160-161).

²⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. San Juan de Alicante, 2005, p. 129. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal...*, p. 42.

²⁴⁷ PRADO, Geraldo. *A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro...*, p. 25.

²⁴⁸ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 291; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, p. 127; CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 1ª ed. Giuffrè: Milano, 2012, p. 45; TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre...*, p. 125; MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione...*, p. 4; GIACOMOLLI, Nereu José. *Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal...*, p. 43; SENDRA, Vicente Gimeno. *El Derecho a la presunción de inocencia...*, p. 765.

motivado, semelhante àquele primeiro momento do juízo de valoração, não deva ser aplicada ao juízo de admissibilidade. Entendemos que a garantia da motivação das decisões judiciais, ressalvadas raras exceções remanescentes da íntima convicção, implica, em nosso modelo atual, que a persuasão racional esteja também presente no juízo de admissibilidade²⁴⁹.

Sustenta-se essa incidência da persuasão racional, na esteira do exposto, notadamente quando o juízo pela admissibilidade da prova ou do meio de obtenção de prova requerido coloca em conflito direitos fundamentais, bem como quando a própria lei exige uma motivação que ultrapasse a simples operação de dedução para sua autorização²⁵⁰. É o caso da decisão interlocutória pela admissibilidade de uma busca ou de uma apreensão. Ao exigir a presença de “fundadas razões” para que se autorize uma busca domiciliar, *e.g.*, a lei demanda do juiz um exame de idoneidade e credibilidade dos elementos trazidos pela parte requerente muito semelhante àqueles controles de idoneidade e credibilidade feitos no primeiro momento do juízo de valoração. Como ainda lembra Mirjan Damaska, a elaboração de qualquer decisão pelo julgador passa por constantes remissões, dos fatos para a lei, e de volta para os fatos novamente, em uma simulação de uma “experiência de reconstrução”²⁵¹.

²⁴⁹ Em sentido diverso, entende Danilo Knijnik que o magistrado, ao realizar o juízo de admissibilidade, não se pautará pelo princípio do livre convencimento motivado. Segundo o autor: “o princípio do livre convencimento (motivado, a valoração) nada tem a ver com a admissibilidade da prova; a valoração entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto do seu exercício; daí segue-se que viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável a manutenção da valoração judicial exercida sob bases equivocadas” (*A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 24). Na esteira do exposto, a opinião do autor faz sentido se entendermos que o juízo de valoração (que, para o autor, corresponde à persuasão racional) só se opera no segundo momento mencionado, sobre o conjunto de operações inferenciais já colhido e com material idôneo. Todavia, entendemos correto o raciocínio de Antonio Magalhães Gomes Filho, anteriormente exposto, acerca de uma incidência do juízo de valoração já no primeiro momento (*A motivação das decisões penais...*, p. 127).

²⁵⁰ Como explica Ramazzini Bechara, “Na hipótese da produção de meios de obtenção de prova, a situação é diferente, principalmente nos casos em que há restrição a direitos fundamentais, como a vida privada e a intimidade, porquanto a atividade do juiz é cognitiva e decisória, como, por exemplo, na busca e apreensão domiciliar” (*Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191). O esquema lógico dedutivo é bastante desenvolvido por Francesco Carnelutti na obra *La prova civile*. Segundo o autor, a estrutura do raciocínio judicial corresponderia a um silogismo que tem como premissa menor o fato percebido por intermédio da prova, e por premissa maior a norma, identificada com as “máximas de experiência”, sendo possível, assim, fazer uma ilação sobre a verdade ou falsidade do fato objeto de prova. Para maiores detalhes, ver: CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Parte geral: o conceito jurídico da prova. Trad. Almicare Carletti. São Paulo: LEUD, 2003, pp. 62 e ss.; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, pp. 131 e ss. Descrente da possibilidade de utilização da visão tradicional do silogismo atualmente, Mirjan Damaska o considera já bastante moribundo, incapaz de sobreviver às críticas que lhe são feitas pelos escritores modernos: “Você não pode decidir quais fatos são importantes se já não houver selecionado, ao menos ao menos de maneira tentada, os critérios de decisão aplicáveis. Mas, na maioria das vezes, você não pode entender devidamente esses critérios legais sem relacioná-los à situação fática do caso” (*t.l.*) (*Presentation of Evidence...*, p. 1087).

²⁵¹ *Presentation of evidence...*, p. 1087.

Em complemento, ao estipular que constem “os motivos e os fins da diligência” no mandado, exige-se uma justificação do magistrado acerca da existência daquelas “fundadas razões”: se, no caso concreto, os elementos de informação apresentados pela parte possuem idoneidade e credibilidade suficientes para configurarem as “fundadas razões” autorizadoras da medida, cujo conteúdo abordamos com detalhes no item 4.2.1.2, *infra*.

A lei, em diversos momentos, emprega expressões vagas ou imprecisas para a admissão da produção de provas ou da imposição de medidas cautelares. É o caso das recém mencionadas “fundadas razões” na busca domiciliar, ou das “fundadas suspeitas” na busca domiciliar, ou da “ordem pública” na decretação de uma prisão preventiva, etc. Não obstante, já ressaltamos que decisão judicial deve se fundar em critérios racionais e, ainda, que o juiz justifique racionalmente essa decisão tomada. São o que parte da doutrina denomina “critérios racionais explicáveis”²⁵². A necessidade de se conciliar imprecisão ou vagueza com racionalidade e objetividade faz com que ganhe força o estudo dos chamados “modelos de constatação” ou “*standards* probatórios”.

O estudo dos *standards* probatórios não se insere num contexto de se encontrar um esquema de racionalidade que dê conta de como efetivamente raciocinam os juízes e tribunais que decidem sobre os fatos, mas revela-se numa metodologia de valoração da prova que tenta ser mais adequada para conseguir o objetivo declarado de averiguação da verdade a partir dos elementos de juízo disponíveis no processo. Como conclui Ferrér Beltrán: “Essa metodologia ou esquema de raciocínio nos permitirá posteriormente, por outro lado, exercer o controle sobre as decisões adotadas em matéria de prova pelos tribunais”²⁵³.

De maneira semelhante, lembra Gascón Abellán que, descartada a possibilidade de obtenção de algum tipo de “verdade absoluta” no processo, mas descartada também a concepção de valoração da prova como uma atividade subjetiva e/ou essencialmente irracional, a valoração da prova há de ser concebida como uma atividade racional, consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos²⁵⁴.

²⁵² Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Disponível em: www.studiocelentano.it/le_nuove_voci_del_diritto; MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, p. 285.

²⁵³ *La valoración racional de la prueba...*, p. 97. Como conclui Nereu Giacomolli, a decisão judicial somente se insere no devido processo quando se pode acreditar nela, quando é aceitável e possa ser controlada através da crítica (Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal..., p. 47).

²⁵⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...*, p. 161. Para a autora, o objetivo dos modelos de valoração da prova deve ser prover esquemas racionais para se determinar o grau de probabilidade das

3.5.1. *Standards* probatórios, probabilidade e valoração da prova.

Os *standards* probatórios ou modelos de constatação são critérios de decisão, traduzidos no grau de convencimento que se exige do julgador para poder decidir que um fato está provado e, portanto, é verdadeiro em determinado contexto²⁵⁵. A adoção do sistema do livre convencimento judicial surgiu com seu significado negativo determinado, qual seja, a eliminação das regras de tarifação de prova presentes no sistema da prova legal (ainda que, em nossa ordem jurídica, resquícios permaneçam desse sistema). Todavia, em nenhum momento seu significado positivo ficou suficientemente claro²⁵⁶.

Como já exposto, consolidou-se o entendimento de que essa livre convicção deve ser racional, motivada, em detrimento da convicção íntima. Consequência disso, segundo Michele Taruffo, é que a prova deixa de ser um mero instrumento retórico, passando a possuir natureza epistêmica, ou seja, traduz-se no meio com que, no processo, serão adquiridas as informações necessárias para a determinação da verdade dos fatos²⁵⁷. Essa

hipóteses em debate. Dessa forma, tais esquemas devem ser, necessariamente, esquemas probabilísticos. No mesmo sentido, entende Gustavo Badaró que a certeza absoluta, decorrente de um juízo puramente lógico, como a certeza que se pode chegar no campo da lógica formal, jamais será atingida pelo juiz: “Por ter que trabalhar com uma reconstrução histórica, o juiz – assim como o historiador – jamais terá absoluta certeza de que a alegação sobre um determinado fato é verdadeira ou falsa. A prova nunca dará ao juiz a certeza, mas somente uma aproximação, maior ou menor da certeza dos fatos” (*Ônus da Prova no Processo Penal...*, pp. 30-31). Em outro sentido, ressaltando as diferenças das atividades do juiz e do historiador, ver: GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar...*, pp. 164-170.

²⁵⁵ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *Prueba, Verdad y Estado de Derecho...*, pp. 38-39; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Proceso Penal...*, p. 298.

²⁵⁶ Nesse sentido: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 100. A nomenclatura “significado negativo” e “significado positivo” do sistema do livre convencimento, todavia, foi retirada de Michele Taruffo, em: *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial...*, pp. 1295-1296. No mesmo sentido, conclui Marina Gascón Abellán: “A livre convicção é, em suma, um *princípio metodológico (negativo)* que consiste simplesmente no rechaço às provas legais como sendo suficientes para determinar uma decisão e que constituem, por isso, uma autêntica *garantia epistemológica* e – no âmbito penal – também, por derivação, uma *garantia da liberdade*” (g.a.) (*Los hechos en el derecho...*, p. 158). Para Luigi Ferrajoli, trata-se de um “princípio negativo trivial”, significando: “1) a não presunção legal de culpabilidade na presença de tipos de prova abstratamente previsto pela lei; 2) a presunção de inocência na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus da acusação de exibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar conforme tais provas sua própria convicção no caso de condenação; 4) e a possibilidade de se impugnar o valor de qualquer prova” (*Direito e razão...*, p. 139).

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial...*, p. 1296. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal...*, p. 43.

perspectiva contribuiu para o crescimento na pesquisa e utilização dos *standards* probatórios no âmbito processual (civil e penal).

Segundo Laudan, apesar desse crescimento relativamente recente no estudo dos *standards*, os primeiros traços de decisões fundadas nesses modelos de constatação podem ser identificados já no Direito Romano, em que a fórmula para se permitir uma convicção pela condenação nos juízos penais se dava por dois elementos: dois testemunhos oculares de pessoas com credibilidade; ou uma confissão plausível do acusado (período em que vigorava o sistema da prova legal)²⁵⁸.

Tratando-se do juízo de admissibilidade de medida restritiva de direito fundamental, essa técnica de valoração de prova avaliará o grau de convencimento do juiz acerca da presença ou não dos requisitos necessários para a autorização da medida. Trata-se, como já dito, de técnica notadamente útil quando a lei se vale de expressões vagas e/ou imprecisas, uma vez que esses critérios de decisão são pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes na constatação de fatos, auxiliando, por sua vez, a evitar o erro ou o arbítrio.

Para Danilo Knijnik, caso adote a técnica dos *standards* probatórios, o juiz ainda deverá identificar claramente, na decisão, o critério de decisão utilizado. Por atuar em nome de toda a Administração da Justiça, não se pode admitir que o modelo de constatação eleito pelo magistrado para a formação de seu juízo de fato radique numa pauta individual e não revelada. Caso contrário, novamente estaríamos sujeitos à causalidade da subjetividade do juiz²⁵⁹.

Essa definição de quais seriam os modelos a serem utilizados, todavia, também não é unânime. Esses critérios de decisão podem variar em função da estrutura processual, das finalidades a que se propõem os processos em concreto, dos valores ético-políticos que se considerem prioritários naqueles processo e da regulação processual das cargas probatórias que se atribuem às partes²⁶⁰. Ademais, quanto mais exigente for o critério de

²⁵⁸ Por qué un estándar de prueba..., p. 107. Assim como ocorre com alguns *standards* atuais, também os critérios do Direito Romano eram pouco confiáveis: a ausência de dois testemunhos ou de confissão não é um sinal seguro da inocência do acusado; *contrario sensu*, por exemplo, também uma confissão obtida mediante tortura não pode ser um indicador de culpabilidade.

²⁵⁹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 48.

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre...*, p. 119. De maneira semelhante, Marina Gascón Abellan entende que a construção de um *standard* probatório depende, além de questões relativas à racionalidade, de questões políticas. Isto porque um modelo de constatação estabelece uma determinada distribuição do erro, e esta supõe uma determinada eleição (político-valorativa) sobre a intensidade com que devem ser garantidos os

decisão para se considerar um fato provado, mais racional deverá ser a decisão que assim dispõe, pois um *standard* probatório muito exigente almeja minimizar a possibilidade de erros²⁶¹, de acordo com os valores prioritários elencados na ordem jurídica correspondente.

Para os autores norte-americanos Edward Eldefonso e Alan R. Coffey, variados são os critérios de decisão que podem ser adotados, de acordo com o *degree of evidence*. Em ordem crescente, podemos elencar a *suspicion*, a *reasonable suspicion*, a *preparation of evidence*, a *probable* ou *reasonable cause*, a *beyond reasonable doubt* e a *beyond all doubt* (próximo do “é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido”)²⁶².

Para cada um desses modelos de constatação os referidos autores trazem as medidas legais autorizadas na persecução penal. Ademais, procuram também elencar situações que sempre se amoldam a um ou outro *standard* probatório, a fim de se chegar a critérios mais objetivos para as situações concretas. Por exemplo, a suspeita (*suspicion*) somente pode autorizar a produção de prova sem grande significância processual ou ingerência pessoal; a suspeita razoável (*reasonable suspicion*) pode embasar uma busca pessoal sem mandado (o *stop-and-frisk*); a *probable cause* (causa provável) é necessária para a expedição de um mandado de busca ou revogação da liberdade condicional; já uma condenação criminal exige uma constatação acima da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*)²⁶³.

No Brasil, Gustavo Badaró, embasado na doutrina e jurisprudência norte-americana, opta por elencar três principais *standards* probatórios, também em uma escala crescente: a simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa a mera probabilidade de um fato ter ocorrido; a “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificada como uma probabilidade elevada; e a “prova

direitos ou interesses afetados (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. Alicante, 2005, p. 130).

²⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 130.

²⁶² Expressão utilizada por Danilo Knijnik, em: *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 43. Evita-se o uso do termo “certeza” (num sentido absoluto) em âmbito processual, até porque a “certeza processual” não pode ser colocada em termos absolutos, devendo ser encarada como um altíssimo grau de probabilidade, que afasta o estado da dúvida, significando, assim, um convencimento judicial racional *beyond reasonable doubt* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.55). De maneira semelhante, explica Marina Gascón Abellan, que provar um fato significa, “em sentido estrito, o mais que se pode dizer é que a prova se conclui com uma hipótese, um enunciado que aceitamos como verdadeiro mesmo que não saibamos se é ou não, e que o grau de probabilidade fornecerá um bom critério para a sua justificação” (*t.l.*) (*g.a.*) (Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 128).

²⁶³ Nesse sentido: ELDEFONSO, Edward; COFFEY, Alan R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*. New York: Harper & Row, 1981, p. 100.

além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que se aproxima da certeza²⁶⁴. Expostos os critérios de decisão, o direito material e os valores consagrados na ordem jurídica é que vão ditar o grau de convencimento necessário a ser adotado pelo magistrado.

A “preponderância de provas”, dado seu grau de probabilidade não tão elevado, não pode utilizada para fundamentar uma sentença condenatória em âmbito processual penal, devendo ser resguardada às decisões finais do Processo Civil. Dá-se, na esteira do exposto acima, pela análise consistente em dar por provado o que é “mais provável do que não”. Assim, no *standard* da preponderância de provas, uma hipótese sobre um fato será aceitável quando seja mais provável que qualquer das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato, vale dizer, quando mais provável que sua correlativa hipótese negativa²⁶⁵.

Sua utilização na seara criminal fica adstrita a situações que não impliquem restrições a direitos fundamentais do indivíduo, tomando por exemplo as investigações não invasivas, tal qual a inquirição de testemunhas. Quebras de sigilo fiscal e bancário, interceptações telefônicas e buscas e apreensões não podem ser fundamentadas na constatação de um conjunto de elementos que só torne a hipótese acusatória “mais provável do que não”.

A “prova clara e convincente” é um critério intermediário, utilizado na decisão de processos não-penais, cujos valores transcendam à dimensão meramente patrimonial, como situações de improbidade administrativa ou em que haja alegação de fraude da qual possa redundar reflexos penais. Nestes casos, pondera Danilo Knijnik, a parte tem que convencer o julgador de que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente “mais provável do que não”²⁶⁶.

Apesar de inaplicável como critério decisório para uma condenação, a *clear and convincing evidence* pode ser utilizada no âmbito processual penal para a avaliação de medidas provisórias, intermediárias e passíveis de revogação ou anulação a qualquer

²⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 299. No mesmo sentido: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, pp. 43-44. Este autor ainda inclui um quarto modelo de constatação, aplicável ao Processo Penal indiciário, identificando-o como “prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação”.

²⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares...*, p. 130.

²⁶⁶ *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 39.

tempo²⁶⁷. Também entendemos necessária a prova clara e convincente para que se possibilite o recebimento da denúncia por parte do magistrado, seja pela exigência da justa causa prevista no texto legal, seja pelo caráter estigmatizante que a simples propositura (e seu recebimento) de uma ação penal gera²⁶⁸. Dessa forma, entendemos que deverá a acusação demonstrar que há um lastro probatório claro e convincente acerca da autoria e da materialidade delitiva: para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada e que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade²⁶⁹.

Dos três *standards* probatórios mencionados por Gustavo Badaró, a *clear and convincing evidence* é o critério que mais se aproxima das “fundadas razões” exigidas para a autorização de uma busca domiciliar. A “fundada suspeita” exigida para a autorização de

²⁶⁷ Como ensina Gustavo Badaró: “Embora a distinção entre os *standards* probatórios costume levar em conta a relevância dos bens tutelados (...), nada impede que a técnica dos ‘modelos de constatação’ seja utilizada no processo penal visando decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseadas em provas ‘além de qualquer dúvida razoável’” (*Processo Penal...*, pp. 299-300). No mesmo sentido: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 48.

²⁶⁸ DEU, Teresa Armenta. *El proceso debido...*, p. 833.

²⁶⁹ Nesse sentido: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 173 e 222-ss. Segundo a autora, a análise da justa causa, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata, mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos de autoria e materialidade mencionados que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. A existência do fundamento de Direito supõe que a ordem jurídica aceite a limitação à liberdade jurídica. Não basta que a restrição imposta tenha aparente lastro legal, por estar prevista no Direito escrito, se o ato de coação entrar em choque com o “princípio supremo da justiça” e, ainda, com as regras que a ordem jurídica adota no campo processual. A existência do fundamento de fato, por outro lado, pressupõe a existência de acusação que guarde ressonância para com a prova, relacionada com a existência material de um fato, no caso concreto, típico e ilícito, indícios suficientes de autoria e um mínimo de culpabilidade. Somente após a análise deste conjunto probatório é que se deve cogitar da obrigatoriedade do exercício da ação penal. Ademais, a denúncia ou queixa deve guardar fidelidade para com a prova colhida no inquérito ou nos elementos de informação. Ou seja, o juízo da legitimidade não se dá apenas sob o aspecto formal da peça acusatória. Deve atentar-se, também, ao exame do conjunto probatório. Conclui a autora que a justa causa seria, portanto, a causa conforme a ordenação jurídica, não se identificando com qualquer das condições da ação, mas também não seria uma condição autônoma. Embora a falta de uma das condições conduza à falta de justa causa, a recíproca não é verdadeira (*Idem*, p. 215). No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, pp. 373 e 377; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado...*, p. 714. Apesar de ser o entendimento que reputamos correto, não olvidamos que a temática da natureza jurídica da justa causa é matéria controvertida na doutrina, havendo autores que a inserem como integrante do interesse de agir (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal...*, p. 80), da possibilidade jurídica do pedido (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 69, nov/dez, 2007, pp. 179-199) ou, ainda, como uma quarta condição da ação (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 100-101; e RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...*, p. 256).

uma busca pessoal, por sua vez, pode ser situada entre a “preponderância de provas” e a “prova clara e convincente”²⁷⁰.

Por fim, a “prova além da dúvida razoável” é o critério identificado pela doutrina para se decidir pela condenação de alguém no Processo Penal. Isto em razão de vigorar, em nossa ordem jurídica, o princípio da presunção de inocência, o qual, do ponto de vista probatório, gera um desequilíbrio estrutural entre as posições de acusado e acusador, cabendo a este toda a carga probatória. Dessa forma, entende Michele Taruffo que esse *standard* só estará superado quando a conexão entre os fatos estiver “recoberta” por uma lei de natureza dedutiva ou, ao menos, quase dedutiva, cuja aplicação permita outorgar um caráter de quase certeza ao enunciado a que se refere a dita conexão²⁷¹.

Percebe-se se tratar de critério bastante exigente para a condenação, o qual, como dito, ainda atribui toda a carga da prova para a acusação, tornando o convencimento judicial dos fatos que favoreçam a acusação particularmente difícil²⁷².

A grande discussão acerca deste terceiro *standard* probatório, assim como ocorre com outros *standards* que se valem de expressões imprecisas, justamente se desenvolve em determinar o que seria uma “dúvida razoável”.

Num primeiro momento, nos Estados Unidos, decidiu-se em *Commonwealth v. Webster* (1850) que a dúvida razoável não poderia ser considerada uma mera possibilidade de dúvida, “porque tudo relacionado a assuntos humanos, e dependendo da prova moral, está aberto a alguma possibilidade de dúvida imaginária”, de modo que deveria ser definida

²⁷⁰ Nos EUA, desenvolveu-se o *standard* probatório da “suspeita razoável” (*reasonable suspicion*) que parte da doutrina entende se situar entre uma “ausência de causa” (*no cause*) e a “causa provável” (*probable cause*). Nesse sentido: SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel: Pedestrians to Passengers*. Search and Seizure Law Report. Vol. 35, n. 4, 2008, p. 26.

²⁷¹ Conocimiento científico y estándares de prueba judicial..., p. 1311. Complementarmente, parte da doutrina espanhola afirma que a regência da presunção de inocência no processo penal permite afirmar que a atividade probatória necessária para fundamentar uma sentença condenatória requer que: a carga material da prova recaia exclusivamente sobre a acusação; as provas devam ser produzidas em juízo; não constituam elementos de prova as certidões e demais atos de investigação levados a cabo pela Polícia Judiciária; e os magistrados não possam fundamentar suas sentenças embasados em prova ilícita (nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 74).

²⁷² Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 299. Também com este posicionamento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela anulação de condenação criminal baseada em indícios, porque o tribunal se valeu de *standard* probatório fundado em “alta probabilidade”, quando deveria valer-se, feitas as ressalvas necessárias, da “certeza”: “A condenação requer certeza, *sub specie universalis*, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador” (REsp. n. 363.548/SC. Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 02.05.2002).

“como um tipo de dúvida que levaria um homem prudente a hesitar em dar um passo em assuntos importantes”²⁷³.

O entendimento do que possa ser considerado *reasonable doubt* foi alterado substancialmente ao longo dos séculos no âmbito da jurisprudência norte-americana. Inicialmente considerado uma “certeza moral” e relacionado com a epistemologia de John Locke, o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* chegou a ser reduzido a um “carecer de toda dúvida”, isto é, ter o jurado uma alta confiança subjetiva. Para Larry Laudan, o ponto de vista mais recente da Suprema Corte Norte-Americana é de que a condição necessária e suficiente para se condenar um acusado em juízo penal seria apenas uma firme crença de sua culpabilidade por parte do jurado/julgador²⁷⁴.

De maneira semelhante, o referido autor também critica a ocorrência de, em sua visão, um verdadeiro abandono da exigência de uma condenação “além da dúvida razoável”, agora no âmbito da *common law* inglesa. Nos tribunais britânicos operou-se, na visão de Laudan, uma verdadeira substituição do citado critério pelo *standard* denominado “firme convicção” (o qual, ainda que não se tenha significado delimitado, como é próprio dos *standards*, denota uma diminuição da exigência)²⁷⁵.

Na Itália, a superação do chamado *ragionevole dubbio* também é exigida para se embasar uma condenação penal. Segundo Carlotta Conti e Paolo Tonini, a expressão *ragionevole* (razoável) confere um caráter de objetividade à dúvida. Esta, portanto, aparentará razoável quando puder ser expressa através de critérios lógicos. Isto significa, segundo os autores, que a dúvida poderá ser externada “através de uma motivação correta

²⁷³ *Commonwealth v. Webster* (1850), 5 Cush. 295, 320.

²⁷⁴ Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 99. Crítico da adoção do *standard* da “prova além da dúvida razoável”, o qual considera ambíguo e subjetivo, o autor ainda afirma que, por acreditarem na teoria do “livre convencimento”, muitos juízes nada fazem para indicar ao jurado quais tipos de inferências, ou quais classes de evidências, justificariam a formação de uma crença firme pela condenação do acusado (Idem, pp. 99-100). A crítica se faz em relação aos países de *common law* em geral, em que o processo decisório acerca da culpabilidade do sujeito é feito por um corpo de jurados leigos. Estes, segundo Taruffo, compõem um grupo de cidadãos “quaisquer”, carentes, em tese, de toda formação ou cultura filosófica ou epistemológica. Assim, *contrario sensu*, ainda que o juiz elaborasse uma fórmula impecável sobre o BARD [*beyond a reasonable doubt*], poderia-se duvidar da capacidade dos jurados entenderem seu significado. Ademais: “é natural que os jurados decidam segundo suas próprias inclinações subjetivas, pela óbvia razão de que *estão legitimados para fazê-lo e nada lhes exige que decidam de forma objetiva*” (*t.l.*) (*g.a.*) (Tres observaciones sobre..., p. 120). Diversamente, em um modelo processual de *civil law*, lembra o autor, ao menos três fatores devem ser previamente considerados: o juiz é um “jurista profissional”; como, em regra, a decisão não se dará por jurados, é o próprio juiz quem aplicará o *standard* em sua decisão; e o magistrado estará obrigado, inclusive por normas constitucionais, a oferecer uma motivação detalhada, racional e “objetiva” de suas próprias decisões (Idem, p. 121).

²⁷⁵ Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 100.

na forma e na substância, apta a passar por um exame de não contradição”²⁷⁶. Assim, não deve se tratar de uma dúvida meramente psicológica, possível ou conjectural, percebida subjetivamente pelo juiz: “Deve ser uma dúvida que podemos definir como ‘qualificada’, isto é, *motivável*” (g.a.)²⁷⁷.

Em âmbito nacional, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu equivocada a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, ao utilizar-se do modelo de constatação da “prova além da dúvida razoável”, aceitou como “dúvida” uma mera possibilidade teórica e abstrata, invocando a impossibilidade de o ser humano, em tese, apreender os fatos sem qualquer margem de erro. Isto, todavia, para se fundamentar a absolvição do acusado no caso em questão. Segundo o STJ, essa absolvição foi proferida “com base em especulações teóricas acerca da captação dos fatos”, de modo que, “ao se negar a incisiva prova testemunhal (admitida e especificada em segundo grau) em proveito de especulações teóricas, (...) construiu-se um *decisum* com flagrante violação ao art. 386, VI, do CPP”²⁷⁸.

Ainda que nossos tribunais venham a adotar a posição da jurisprudência norte-americana, criadora do *standard* em estudo e da atual situação da *beyond a reasonable doubt* como sendo apenas uma firme crença na culpabilidade do acusado, que entendeu-se por ser a situação de a hipótese acusatória bem construída e a defensiva não, o juiz ainda teria muitos problemas se tivesse que assinalar uma probabilidade de “95%”, “85%” ou “75%”, como associam parte da doutrina e jurisprudência que trata do assunto. Nesse sentido, conclui Laudan: “E ainda que [o juiz] tirasse da cartola algum número em concreto, seria necessário algum elemento a mais para se poder imaginar que tal número representa algo idêntico ao meu grau de crença na culpabilidade do acusado” (t.l.)²⁷⁹.

Embora não se possa, pela diversidade dos sistemas, também haver uma simples transposição dos *standards* estadunidenses para sistemas de *civil law*, sendo necessária uma prévia e profunda reflexão acerca da teoria da prova judicial e sua correspondente valoração,

²⁷⁶ *Il diritto delle prove penali...*, pp. 77-78.

²⁷⁷ *Idem*, p. 78. Concluem os autores que: “o cânone da dúvida razoável, longe de abrir espaço à pura intuição judicial, possui o efeito de regular o livre convencimento. O juiz valora livremente as provas, mas se estas deixam restar dúvidas capazes de convencerem uma pessoa racional [do contrário], ele é obrigado a absolver” (...) “Os cânones de racionalidade almejam uma objetividade máxima dos passos lógicos da decisão e possuem o fim de tornarem uniforme o critério valorativo do juiz, em conformidade com os princípios da legalidade, da igualdade e da razoabilidade” (*Ibidem*, p. 79).

²⁷⁸ REsp. n. 184.156/SP. Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 01.10.1998. Analisa esta decisão Danilo Knijnik, em: *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 40-41.

²⁷⁹ Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 102.

as referências da *probable cause* ou da *beyond a reasonable doubt*, v.g., podem ter um indubitável valor de enunciação de um princípio ético e político, além de constituírem guias para a direção em que se deva realizar a análise ou reflexão mencionada²⁸⁰.

Os problemas com o emprego de expressões legais imprecisas autorizadoras de decisões judiciais se estendem nas mais variadas ordens jurídicas. A Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim) espanhola e o Código de Processo Penal italiano, e.g., também se valem de diversas expressões com certo grau de vagueza, as quais demonstram diferentes graus de probabilidade para a autorização da persecução e punição do sujeito com base em sua responsabilidade criminal²⁸¹.

Como entende corretamente Nicolás Serrano, a ordem dos distintos graus de intensidade do juízo de imputação não pode ser deduzida simplesmente do significado filológico das palavras utilizadas (notadamente quando mesmo esse significado é de difícil percepção), devendo, na verdade, ser determinado de acordo com a natureza e a maior ou menor gravidade da medida aplicada²⁸².

Numa visão de maior reprovabilidade à utilização dos institutos, observa Larry Laudan que o problema da adoção de *standards* probatórios como a *clear and convincing evidence*, a *probable cause*, a *beyond a reasonable doubt*, as fundadas razões, os *motivos bastantes*, dentre outros, é que eles não expressam o que se deve contar como uma prova da culpabilidade do autor. Basicamente, segundo o autor, eles expressam ao julgador o seguinte: escute com atenção aos testemunhos e outras provas trazidas ao processo²⁸³. E um *standard*

²⁸⁰ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre..., p. 119.

²⁸¹ Exemplos encontrados na LECRim: “indicaciones fundadas de culpabilidad” (art. 488); “motivos racionalmente suficientes” (arts. 490 e 491); “motivos bastantes” (arts. 492.4 e 503.3); “indicios racionales de criminalidad” (arts. 529, 546 e 579.1); e “indicios de responsabilidad criminal” (art. 589). Como exemplo encontrado no CPP italiano ligado a esta dissertação, cite-se o “fondato motivo”, presente em variados contextos (art. 247 e 254 e 266) e que será estudado no item 4.2.1.2.

²⁸² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidade..., p. 213.

²⁸³ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 103. O autor chega ao ponto de afirmar que *standards* como os mencionados sequer podem ser considerados *standards*. No Direito (notadamente no Processo Penal), ao contrário do que ocorre em ciências extrajurídicas, em vez de se especificar que o nível de confiança do julgador a respeito da culpabilidade deve depender do oferecimento de uma prova firme, faz-se com que o *standard* probatório seja parasitário do nível de confiança que o magistrado tem a respeito da culpabilidade do acusado, configurando-se uma “perversão da ordem lógica das coisas”. Quer dizer, nos âmbitos fora do Direito, um *standard* probatório tem a intenção de indicar àquele que está julgando quando está autorizado considerar algo como provado. Afirma o autor: “Fora do Direito, os EdP [*standards* probatórios] nunca são formulados em termos da confiança subjetiva dos investigadores, mas em termos dos tipos de conexão lógica que devam existir entre a prova disponível e as hipóteses, em questão aos efeitos de se considerar a dita hipótese como provada. Fora do direito, a confiança racional em uma conjectura segue a sua prova, nunca a precede” (t.l.) (Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 105-106).

probatório apropriado não deve depender de uma confiança subjetiva em uma hipótese; pelo contrário, o *standard* nos indica quando a confiança subjetiva está justificada.

A insatisfação com o ainda alto grau de subjetividade dos *standards* probatórios previstos e aplicados nas variadas legislações ao redor do mundo fez com que muitos autores discutissem e se debruçassem acerca da possibilidade de formulação de critérios de decisão mais objetivos, pautados, na maioria das vezes, por critérios de valoração racional da prova lógico-indutivos.

Marina Gascón Abellán assevera que a construção de um *standard* probatório deve implicar dois elementos: em primeiro lugar, decidir qual o grau de probabilidade se requer para aceitar uma hipótese como verdadeira; em segundo lugar, implica formular objetivamente o critério de decisão, isto é, elaborar os critérios objetivos que indicam quando se alcança esse grau de probabilidade ou certeza exigido. Isto porque, para que um *standard* probatório tenha sentido, ele deve poder ser expressado mediante um critério controlável²⁸⁴.

Na visão da autora, portanto, os modelos de constatação se inserem em um processo de valoração racional, posição que reputamos correta. Mais exatamente, os *standards* cumprem duas funções, uma “heurística” e uma “justificadora”: “Uma função primeiramente *heurística* (enquanto guias de uma valoração racional): o SP [*standard* probatório] é o critério conforme o qual deverá o juiz formular sua valoração final sobre os fatos da causa. E uma função *justificadora* depois (enquanto critérios para a motivação): o SP é o critério conforme o qual há de reconstruir-se a justificação da decisão probatória” (*t.l.*) (*g.a.*)²⁸⁵.

Nessa seara, a formulação de um critério de decisão está vinculada aos esquemas de valoração que se adote. Os dois grandes esquemas aplicáveis que almejam uma valoração racional objetiva são: aqueles embasados na aplicação de instrumentos matemáticos ao processo de valoração; e aqueles baseados em esquemas de confirmação. Os modelos correspondem, respectivamente, com as grandes noções de probabilidade: a matemática ou estatística (aplicada a eventos); e a lógica ou indutiva (aplicada a proposições)²⁸⁶.

²⁸⁴ Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 129. No mesmo sentido: CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali...*, p. 78.

²⁸⁵ Idem, p. 129.

²⁸⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 132. No mesmo sentido: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 94.

A probabilidade matemática mede a frequência com que um evento se produz em dada sucessão de acontecimentos, tendencialmente infinita. Trata-se de uma noção objetiva de probabilidade, posto que mede o número de possibilidades de que um evento ocorra comparado com o número de possibilidades que não ocorra, e não os estados mentais subjetivos de indivíduos²⁸⁷. No âmbito estatístico, há autores que entendem que o cálculo matemático é um bom instrumento para também dar conta dos processos de raciocínio indutivo, ainda que aplicando a probabilidade a enunciados em vez de eventos²⁸⁸. A tentativa tem se dado, fundamentalmente, com a aplicação do “Teorema de Bayes” às inferências jurídicas baseadas em probabilidades subjetivas. Estas, por sua vez, indicam o grau de convicção pessoal de um *factfinder* (jurado, julgador) racional sobre a ocorrência de um evento incerto²⁸⁹.

Conforme o teorema mencionado, a probabilidade de ocorrer um evento “H”, subsequente a um evento “E”, pode ser determinado em função da frequência estatística com que, ocorrido “E”, verifica-se “H”, e da probabilidade atribuída previamente ao evento “H”. Nessa proposição há dois fatores a se considerar. O primeiro: à ponderabilidade fática de “H” concretizar-se exige-se a ciência prévia da contribuição do fator precedente “E” na correlação da ocorrência do termo futuro; e, segundo, o conhecimento probabilístico de que “H” ocorra. Partindo-se desses pressupostos, Ferrer Beltrán assevera que “A probabilidade condicional de que seja verdadeira a hipótese [acusatória] ‘H’, dado o elemento de juízo ‘E’, é igual à probabilidade de que se dê ‘E’ se é verdadeira ‘H’, multiplicado pela probabilidade

²⁸⁷ Nesse sentido: DUKE, Steven B. *Making Leon Worse*. Faculty Scholarship Series. Paper 816, 1986, p. 1421; e BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 94.

²⁸⁸ AYRES, Ian; NALEBUFF, Barry. *The rule of probabilities: a practical approach for applying bayes' rule to the analysis of DNA evidence*. Stanford Law Review. Vol. 67, n. 1447, 2015.

²⁸⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 132. Ferrer Beltrán também insere a aplicação do Teorema de Bayes no âmbito da probabilidade subjetiva, denominando-a, ainda, probabilidade inversa (*La valoración racional de la prueba...*, p. 108). Segundo o autor: “a probabilidade subjetiva é uma noção epistemológica de probabilidade, que mede nosso grau de (ou a força da) crença racional em uma hipótese dado certo elemento de juízo. Compartilha com a probabilidade estatística a aplicação de um método de cálculo matemático que permitirá determinar o grau de probabilidade de uma hipótese em uma escala que vai de 0 a 1, em que zero é a absoluta falta de confiança na hipótese e 1 é a certeza absoluta da verdade da mesma” (*t.l.*) (Idem, p. 108).

de ‘H’ (sem se considerar ‘E’), dividido pela probabilidade de que dê ‘E’ se ‘H’ não for verdadeira”²⁹⁰ (t.l.)²⁹¹.

Segundo Marina Gascón Abellan, para os *bayesianos*: “a fórmula bayesiana permite medir o impacto que a introdução de ulteriores elementos de prova provoca sobre a probabilidade subjetiva prévia do fato que se pretende provar. Sua utilidade no processo reside – ao juízo dos bayesianistas Finkelstein e Fairley – em que permite combinar informação estatística sobre um certo evento com informação não estatística” (t.l.) (g.a.)²⁹².

Todavia, problemas novamente aparecem, agora na determinação das mencionadas probabilidades prévias. Como afirmam Ian Ayres e Barry Nalebuff, pela aplicação do teorema mencionado: “um perito pode concluir que certa prova aumenta em 100 vezes a chance de que o suspeito estivesse na cena do crime. Mas 100 vezes mais do que o quê?” (t.l.)²⁹³.

Uma resposta habitual dos *bayesianos* é usar probabilidades estatísticas para determinar essa probabilidade prévia, o que acaba por trazer um problema de adequação ao se utilizar dados baseados em uma frequência como modo de determinar a probabilidade de proposições relacionados a fatos individuais. Ademais, muito raramente os dados estatísticos necessários estarão disponíveis ao julgador²⁹⁴.

²⁹⁰ Na fórmula: $P(H/E) = P(E/H) \times P(H)/P(E/\neg H)$. No exemplo usado por Ferrer Beltrán: suponha-se que, durante um processo por homicídio, tenha-se determinado que na arma do delito se encontram as impressões digitais do imputado “X”. Suponha-se, ainda, que a acusação sustente que esse fato (“E”) apoia a hipótese acusatória (“H”), segundo a qual “X” é o autor do delito. Para realizarmos um cálculo que nos leve a determinar em que medida, se o faz, “E” reforça a crença na hipótese “H”, devemos partir da probabilidade prévia de “H” ser verdadeira antes de conhecermos “E”. Deve-se determinar, também, qual é a probabilidade condicionada inversa – $P(E/H)$ – de que se encontrem as impressões digitais de “X” na arma do crime se “X” for o autor do homicídio; e a outra probabilidade condicionada inversa – $P(E/\neg H)$ – de que se encontrem suas impressões na arma do crime se “X” não for o autor do homicídio (*La valoración racional de la prueba...*, p. 110).

²⁹¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 109. No mesmo sentido: AYRES, Ian; NALEBUFF, Barry. *The rule of probabilities...*, pp. 1449-1450; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 132; DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1421; MURA, Alberto. *Teoria Bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo*, pp. 2-3. Disponível em: <http://web.tiscali.it/alberto.mura/TeoriaBayesianaDellaDecisioneERagionevoleDurataDelProcesso.pdf>.

²⁹² Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 132. Para um estudo aprofundado dos usos e limites do Teorema de Bayes, ver: *L’inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del Bayesianismo*. Coord: TILLERS, Peter; GREEN, Eric D. Milano: Giuffrè, 2003.

²⁹³ *The rule of probabilities...*, p. 1450.

²⁹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 111. A crítica que se empreende quanto à determinação probabilística, portanto, é a imponderabilidade dos fatores que constroem o objeto analisado. Ao que conclui Ferrer Beltrán: “E, se dispuséssemos deles [os dados estatísticos], quantas variáveis do caso individual deveriam ser levadas em conta para selecionar o dado estatístico apropriado? Se a hipótese é que Pedro matou sua irmã, devemos usar uma estatística que nos indique a frequência com que homens matam suas irmãs? Ou a estatística que nos indique a frequência com que homens solteiros matam suas irmãs? Ou a estatística que nos indique a frequência com que homens solteiros, maiores de 60 anos, matam suas irmãs? E

O método acima mostra-se relativamente simples apenas para o caso de se valorar uma prova que verse diretamente sobre a hipótese a se provar. A complicação do cálculo aumenta de maneira impressionante quando se utiliza a fórmula em questão para resolver situações mais complexas, como se presentes uma pluralidade de elementos de prova relativos a uma hipótese, nos casos de prova mediata, de segunda mão, de “ouvir dizer” (a *cascaded inference* – “inferência cascata”) ou, ainda, na prova de uma hipótese referente a um fato complexo²⁹⁵.

Crítico da adoção da probabilidade estatística no âmbito processual, Jordi Ferrer Beltrán ainda observa que essa probabilidade nos informa apenas sobre frequências relativas um tipo de evento em um tipo de sucessão. E conclui: “de forma geral, no processo não importa determinar a frequência com que os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário, matam suas irmãs, senão que João matou sua irmã (o que, ainda que seja solteiro, maior de 60 anos e com título universitário, é independente daquela frequência)” (*t.l.*)²⁹⁶.

a série de perguntas poderia ser infinita, porque infinitas são as particularidades de um caso” (*t.l.*) (Idem, p. 111).

²⁹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 133. A autora ainda lembra que outras críticas também põem em cheque a validade epistemológica desse modelo matemático no campo judicial, na medida em que conduziria a resultados contraintuitivos e resultaria duvidosamente compatível com princípios fundamentais da ordem jurídica penal, como a presunção de inocência. No âmbito empírico, Danilo Knijnik observou um estudo realizado nos Estados Unidos, em que foram analisadas probabilidades associadas aos critérios de prova por juízes de Nova Iorque, os quais atribuíam porcentagens correspondentes aos *standards* propostos. Nota-se, relativamente aos três *standards* probatórios relacionados à decisão de um processo tratados pelo professor Gustavo Badaró, que: o percentual de probabilidade para que se decida pela *preponderance evidence* não variou entre “mais que 50%” ou “51%”; o percentual de probabilidade para que se decida pela *clear and convincing evidence* teve considerável variação, mas observa-se uma média entre “65%” e “mais que 70%”; e o percentual de probabilidade exigido para que se decida *beyond a reasonable doubt* reflete valores em torno de “85%” e “90%” (*A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 32). Larry Laudan, em seu texto crítico ao *standard* probatório da *beyond reasonable doubt*, também afirma que este critério costuma corresponder a uma probabilidade entre 90 e 95% (Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 98 e 100). Por óbvio que com tais valores não se almeja precisar porcentagens correspondentes aos respectivos modelos de constatação, mas trata-se de uma abordagem útil para se ilustrar a visão jurisprudencial dos magistrados ao decidirem por esses termos.

²⁹⁶ *La valoración racional de la prueba...*, p. 98. O autor exemplifica os problemas desse sistema com dois casos práticos. Primeiro caso: uma senhora caminha à noite e é atropelada por um ônibus, que empreende fuga. A única característica que a senhora consegue identificar é que o ônibus era azul. No processo, prova-se que 80% dos ônibus azuis que operavam naquela área pertenciam à empresa X e 20% à empresa Y. Na falta de qualquer outro tipo de prova, poderia a empresa X ser condenada a pagar os danos (já que a probabilidade estatística de o ônibus ser seu é de 0,8)? Entendemos que não. Segundo caso: organizadores de um evento não imprimem *tickets* para a entrada, de modo que se franqueia o acesso ao evento diretamente à pessoa que paga o valor exigido na portaria. Os organizadores vendem 499 entradas. Todavia, iniciado o evento, constatam terem entrado mil pessoas no local. Dessa forma, 501 pessoas conseguiram entrar sem pagar. Ou seja, a probabilidade de que cada um dos espectadores não ter pago a entrada é de 0,501. Na ausência de outras provas, poderiam os organizadores ganhar um processo civil contra um dos espectadores exigindo que este pagasse a entrada (já que a preponderância de provas exige apenas que a hipótese “seja mais provável do que não”)? Paradoxalmente, ainda, o mesmo raciocínio ainda seria aplicável a todos os mil espectadores, de forma que os

Por fim, cabe lembrar que a utilização dos modelos matemáticos também revela problemas para se fundar uma teoria geral de valoração da prova, além de, novamente, esbarrar na dificuldade que resulta para o julgador quantificar sua valoração subjetiva prévia da hipótese. Para Gustavo Badaró, a análise dos critérios de decisão almeja quantificar, matematicamente, os graus de probabilidade distintos que caracterizam os diversos *standards* ou modelos de constatação, mas tendo, todavia, fracassado as tentativas de atribuir valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas conferem aos enunciados fáticos²⁹⁷.

Todavia, racionalizar a valoração da prova não exige necessariamente a aplicação de um método matemático. Neste momento, passamos a tratar da probabilidade aplicada a proposições, a qual mede, de forma geral, nosso grau de conhecimento do mundo. Trata-se de uma noção epistemológica de probabilidade, que também gradua as possibilidades de que uma determinada proposição seja verdadeira²⁹⁸. A ideia central da lógica indutiva é, justamente, que a relação de confirmação indutiva é uma relação lógica²⁹⁹.

Nessa seara, podem ser usados modelos baseados em *esquemas de confirmação*, entendendo-se que a probabilidade (lógica ou indutiva) de uma hipótese depende do apoio que prestam as provas com as quais está conectada através de regras causais. A probabilidade, nesses casos, não se mede em termos de frequência relativa, mas em “graus

organizadores do evento poderiam ganhar todos os casos se apresentassem demandas judiciais independentes (Idem, pp. 98-99). No mesmo sentido: DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1422. Para maiores detalhes acerca dos problemas trazidos pela adoção de um critério matemático e a probabilidade subjetiva, notadamente os problemas da conjunção, do princípio de complementaridade e das probabilidades *a priori* e a presunção de inocência, ver: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, pp. 115-120.

²⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 299. No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial...*, p. 1312.

²⁹⁸ CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali...*, p. 77. Segundo os autores: “A probabilidade lógica é o sinal de coincidência entre o fato histórico reconstruído e o fato atribuído ao imputado; é matriz da verdade processual, que representa o estatuto ético e epistemológico do processo penal. Trata-se de uma abordagem cognoscitiva peculiar a este rito, que o diferencia de qualquer outro âmbito do saber humano e que unifica sobre um denominador comum todas as regras utilizáveis pelo juiz na valoração da prova. Ele deve efetuar uma série de reflexões racionais que, embasadas nas leis da lógica, da ciência e da experiência cotidiana, forneçam uma explicação irrepreensível ao caso concreto sobre o qual recai sua atenção” (*t.l.*) (Idem, p. 77).

²⁹⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, pp. 94-95. Segundo o autor, o método lógico-indutivo tem dois pressupostos básicos: a relação de confirmação indutiva, como veremos, é uma relação lógica entre duas proposições; e a confirmação é probabilística e sua gradação métrica se ajusta ao cálculo matemático de probabilidades. Este segundo pressuposto é um inconveniente para a análise, pois reproduz boa parte das críticas até então formuladas a respeito do modelo matemático e, dessa forma, o autor prefere trabalhar com um método de indução eliminatório e uma probabilidade lógica que não admite o cálculo matemático (Idem, pp. 120-121). Esta probabilidade lógica que não trabalha com cálculos matemáticos é desenvolvida fundamentalmente por Laurence Jonathan Cohen, o qual, por sua vez, inspirou-se nos estudos do filósofo inglês Francis Bacon, já no início do século XVII, motivo pelo qual Ferrer Beltrán a denomina probabilidade *baconiana*.

de credibilidade”, “apoio indutivo” ou “graus de confirmação” de uma hipótese a respeito de uma informação³⁰⁰.

O fato de a probabilidade indutiva não trabalhar com cálculos matemáticos não implica que não se possa graduar ou comparar o nível de apoio indutivo com que conta cada hipótese. Esse grau de confirmação pode ser comparado entre as distintas hipóteses em conflito, o que permite fazer uma ordem probabilística das mesmas, embora não se possa quantificar numericamente a probabilidade de cada uma delas³⁰¹.

Os esquemas de confirmação se adequam melhor com os problemas probatórios com que o juiz costuma se deparar, como a existência de várias hipóteses sobre os fatos da causa e a necessidade de estabelecer, com base nas provas disponíveis, qual delas é mais aceitável. Valorando por esse esquema, explica Marina Gascón Abellán: “posto que a *probabilidade lógica ou indutiva* de uma H [hipótese] é equivalente ao seu *grau de confirmação* pelas provas disponíveis, cabe dizer que H [hipótese] poderá ser aceita como verdadeira se *não tiver sido refutada* pelas provas e se tiver sido *confirmada por estas em grau suficiente*” (t.l.) (g.a.)³⁰².

A adoção de uma concepção dos *standards* probatórios embasada na probabilidade lógica ou indutiva nos leva à pergunta sobre com quais fórmulas concretas podem ser expressados os critérios de decisão. Não se trata de tarefa de fácil solução, por dois principais motivos, quais sejam: porque o grau de confirmação mencionado dificilmente é quantificável; e porque as situações probatórias podem ser muito complexas e diferentes, e, portanto, não seria válido um critério único para se formular o modelo de constatação.

Lembra Gascón Abellán que, no âmbito processual penal, pela vigência do princípio da presunção de inocência, uma condenação demanda que a hipótese acusatória passe num elevado teste de severidade. Todavia, este não é único, havendo distintos níveis de exigência na matéria e, portanto, distintos critérios de decisão³⁰³.

Para formular *standards* probatórios objetivos, na visão da autora, primeiro são necessários esclarecimentos acerca dos conceitos de *confirmação sólida* e *confirmação débil*. Haverá confirmação sólida quando as provas, consideradas em seu conjunto, só

³⁰⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 133.

³⁰¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 122.

³⁰² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 134.

³⁰³ Idem, p. 136.

encontram explicação de existirem se a hipótese formulada (como pela acusação) for verdadeira. Por outro lado, estaremos diante de uma confirmação débil quando as provas possam ser explicadas se entendermos que a hipótese formulada é verdadeira, mas as mesmas também não são incompatíveis com possíveis hipóteses contrárias.

Considerando-se a Hipótese pela Condenação como “Hc” e a Hipótese pela Inocência como “Hi”, passemos às ilustrações. Podemos reconstruir os possíveis graus de confirmação exigidos (para Hc) e tolerados (para Hi) atribuindo-se os valores de 1,0 à confirmação sólida, 0,5 à confirmação débil e 0 à falta de elementos de confirmação³⁰⁴.

Dessa forma, temos dois possíveis graus de confirmação de “Hc”: Hc-1 (confirmação sólida da hipótese de culpabilidade); e Hc-0,5 (confirmação débil da mesma hipótese).

Por sua vez, “Hi” apresenta três possíveis graus de confirmação: Hi-1 (confirmação sólida da hipótese de inocência); Hi-0,5 (confirmação débil da hipótese de inocência); e Hi-0 (ausência de confirmação da hipótese de inocência).

Ante o exposto, seis *standards* probatórios (SP) podem ser formulados, a princípio³⁰⁵. Todavia, uma condenação em âmbito processual penal (Hc), bem como a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais invasivas, exige uma confirmação sólida da hipótese acusatória (Hc-1), devendo ser excluídas três primeiras combinações a serem feitas entre os graus, que trabalham com uma confirmação débil da Hipótese pela Condenação (Hc-0,5). Restam, portanto três *standards* probatórios a serem analisados³⁰⁶:

- SP4: Hc-1 (exigido) e Hi-1 (tolerado). Quer dizer, trabalha-se com uma tolerância à existência de provas que confirmem (inclusive solidamente) uma hipótese de inocência. Trata-se de *standard* também de duvidosa aplicabilidade em âmbito processual penal, e que

³⁰⁴ Como ensina Jordi Ferrer Beltrán, ao trabalharmos com a probabilidade indutiva, numa escala representativa traduzida em “0” não se fala em falsidade da hipótese, mas sim na falta de elementos de juízo relevantes que apoiem essa inferência. E conclui: “Sendo assim, o ponto de partida no processo de avaliação do apoio indutivo de uma hipótese antes de se levar em conta qualquer elemento de juízo é, necessariamente, ‘0’, e uma hipótese ‘H’ e sua negação (‘-H’) podem ter simultaneamente uma probabilidade zero se não há sobre elas informação relevante” (t.l.) (*La valoración racional de la prueba...*, p. 123).

³⁰⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 136.

³⁰⁶ Idem, p. 136. Na análise adiante, portanto, devemos sempre ter em mente a exigência de Hc-1, ou seja, a confirmação sólida de uma hipótese de condenação. Dessa forma, além das variáveis relativas às hipóteses de inocência, a condenação ainda exigirá a presença de provas que só possam ser explicadas em seu conjunto caso a hipótese acusatória seja verdadeira.

não pode ser tolerado para embasar uma condenação (Hc). A existência de provas que solidamente confirmem uma hipótese de inocência (Hi) deve prevalecer;

- SP5: Hc-1 (exigido) e Hi-0,5 (tolerado). Por este *standard*, exige-se que não existam provas que confirmem solidamente uma hipótese de inocência (Hi), mas tolera-se a condenação ou a imposição de medidas invasivas ainda que presentes provas que debilmente a confirmem (sejam compatíveis com a Hi). Ante a regência da presunção de inocência em nossa ordem jurídica, também entendemos ser um critério de decisão inapto a embasar uma condenação, restando legítimo, todavia, para fundamentar a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais, como as buscas, apreensões e interceptações telefônicas. No mesmo sentido, assevera Michele Taruffo que os critérios de decisão possuem especial utilidade justamente no âmbito da defesa no Processo Penal. Isto porque, ainda que determinada prova analisada não conte com um grau de probabilidade elevado (ou seja, há apenas provas que debilmente confirmem a hipótese de inocência), *contrario sensu* ela já poderia ser suficiente para fundamentar a existência de uma dúvida razoável, a qual impediria a imposição de uma condenação ao acusado³⁰⁷;

- SP6: Hc-1 (exigido) e Hi-0 (tolerado). Por fim, o mais exigente dos *standards* formuláveis implica a inexistência de provas que confirmem sólida ou debilmente uma hipótese de inocência para que haja condenação. Em outros termos, não se admite condenação caso existam quaisquer provas que sejam compatíveis com uma Hi. Trata-se do *standard* probatório a ser adotado em uma condenação criminal, pela mesma linha de raciocínio embasada para afastar a adoção do SP5 como critério idôneo para a condenação³⁰⁸.

³⁰⁷ Conocimiento científico y estándares de prueba judicial..., p. 1311. Já no Processo Civil, por predominar o *standard* da mera prevalência de provas, lembra o autor que uma prova de baixa probabilidade tem utilidade reduzida: “uma prova desta natureza que fora favorável ao réu, com tendência a confirmar a falsidade do fato sustentado pelo autor, poderia não ser suficiente para impedir a derrota do primeiro se a hipótese positiva, relativa à veracidade do fato arguido pelo autor, resulta igualmente ‘mais provável que não’” (*t.l.*) (Idem, p. 1311).

³⁰⁸ No mesmo sentido, mas sem se posicionar sobre qual seria o critério mais adequado à aplicação no processo penal, Laudan também sugere três *standards* que considera verdadeiramente objetivos e, portanto, aptos a embasar um julgamento racional. Deve-se seguir os seguintes raciocínios: i) se a prova acusatória for crível ou haja testemunho difícil de se explicar se o acusado for inocente e a prova defensiva não é crível ou não haja testemunho que seria muito difícil de se explicar se o acusado fosse culpado, então, condene-o (caso contrário, absolva-o); ii) se a hipótese acusatória é plausível e você não pode imaginar uma hipótese de inocência plausível, condene-o (caso contrário, absolva-o); e iii) decida se os fatos estabelecidos pela acusação refutam qualquer hipótese ainda que ligeiramente razoável que você possa pensar a respeito da inocência do acusado. Se o fazem, condene-o (caso contrário, absolva-o). Ao que conclui Laudan: “O que os jurados deveriam buscar não é a prova que meramente confirme ou seja compatível com a hipótese acusatória, senão a evidência de que não se espera que essa hipótese seja falsa. Os EdP [*standards* probatórios] (A) – (C) apontam precisamente para essa direção” (*t.l.*) (Por qué un estándar de prueba subjetivo..., pp. 107-108).

A exposição acima tem por objetivo mostrar que a utilização dos critérios matemáticos não esgota a objetividade decisória e que é possível formular modelos de constatação objetivos no âmbito da probabilidade indutiva.

Os *standards* probatórios servem como guias para a valoração racional, mas são guias limitados. Em concreto, seu valor está em indicar ao juiz o que deve buscar nas provas para depois justificar sua decisão. Exemplificando: se, no Processo Penal, exige-se uma confirmação sólida da hipótese acusatória para a condenação, o que se indica ao juiz é que este não deve se debruçar sobre provas que simplesmente sejam compatíveis com essa hipótese, mas sim sobre provas que não poderiam ser explicadas se a hipótese acusatória fosse falsa³⁰⁹. A partir desse momento, o juiz terá a tarefa de valorar essas provas e atribuir-lhes um determinado peso na formação de sua convicção.

Quanto ao alcance justificatório dos *standards* probatórios, estes são os critérios conforme os quais o juiz há de reconstruir a justificação da decisão: “significa dizer que a justificação da decisão será incompleta se não se justifica a concorrência dos elementos que compõem o *standard*” (*t.l.*)³¹⁰. Dessa forma, se adotado o *standard* probatório de número 5 anteriormente exposto, *e.g.*, o juiz terá que expor os motivos de a hipótese de condenação (H_c) estar solidamente confirmada e, ainda, de uma hipótese de inocência que tenha sido sustentada não estar (ou seja, porque, diante dos elementos presentes nos autos, há apenas confirmação débil de H_i – “ $H_i-0,5$ ”).

Para então efetivar o acima exposto, o magistrado se utilizará dos chamados *argumentos de confirmação*. Estes são os argumentos usados para se evidenciar a solidez da confirmação (ou a probabilidade indutiva de uma hipótese). E essa solidez aumenta ou diminui, observa Gascón Abellán, segundo os seguintes elementos: o fundamento cognoscitivo das leis causais que conectam as provas com a hipótese; a solidez epistemológica (ou grau de certeza) das provas que a confirmam; o número de passos inferenciais que separam as provas da hipótese; a quantidade de provas ou confirmações; e a variedade de provas ou confirmações³¹¹.

Essa probabilidade indutiva se aplica tanto na fase de valoração individual da prova como na fase de valoração conjunta. Quer dizer, o juiz poderá dela valer-se,

³⁰⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 138. No mesmo sentido: LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 108.

³¹⁰ Idem, p. 138.

³¹¹ Ibidem, p. 138.

inicialmente, para valorar cada elemento de informação ou prova de forma individual, medindo a credibilidade do testemunho, da perícia, de um documento, etc. Esta valoração individual, como já afirmado, é imprescindível para posteriormente realizar-se uma valoração conjunta. Uma vez valorada a prova individual, se a hipótese que afirma sua veracidade se considera provada, poderão então ser feitas inferências a partir dela, tomando-a como certa. Isto supõe que, a cada passo do raciocínio probatório, o qual se produz em cadeia, assumam-se como certas as hipóteses que já tenham sido consideradas provadas anteriormente³¹².

Para tratar das condições necessárias a obter o apoio indutivo mencionado para uma determinada hipótese, Jordi Ferrer Beltrán se vale da “metodologia da corroboração de hipóteses”, a qual trabalha com cinco fases sucessivas: geração de hipóteses; eliminação de hipóteses³¹³; estruturação da argumentação; prova; e deliberação e decisão.

A primeira fase, cabe lembrar, pressupõe uma investigação pré-processual, que trará os elementos para se gerar hipóteses preliminares. Segundo o autor, a formulação de hipóteses não está governada pelas lógicas dedutiva ou indutiva. A transição que se faz dos

³¹² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 125. No mesmo sentido, ao tratar da prova indiciária: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no Processo Penal...*, 1994, p. 38. Lembra Ferrer Beltrán que, quando dessa análise valorativa, devemos ter em mente que o grau de apoio indutivo não pode ser obtido por uma indução numerativa. A repetição de um experimento ou a reiteração de uma prova, para Beltrán, não aumentam o grau de apoio indutivo de uma hipótese. Essa repetição só tem efeitos de controle sobre a validade do experimento. Exemplificando: “Se três testemunhas declaram ter visto João atirar em Pedro, a reiteração de testemunhos não traz um maior apoio à hipótese de que João atirou em Pedro, mas sim dará maior valor probatório (maior confiança) à declaração do primeiro [testemunho] (ou, se se preferir, ao enunciado que diz que João foi visto atirando em Pedro). O esquema funcionará assim: a primeira testemunha (T₁) declara ter visto João atirando em Pedro. No processo, precisamos inferir H (<<João atirou em Pedro>>) a partir de H₁ (<<T₁ viu João atirar em Pedro>>). Essa inferência depende, dentre outras coisas, da credibilidade de H₁, que é em si mesma uma hipótese que seria falsa se a testemunha mentisse porque tem uma grande inimizade com João, se tivesse problemas na vista, se as circunstâncias de visibilidade do momento fizeram que sua percepção fosse errônea, etc. Neste esquema, as declarações das testemunhas T₂ e T₃ que afirmaram que também viram João atirar em Pedro servem como apoio indutivo à hipótese H₁, debilitando hipóteses alternativas, como que uma má percepção da primeira testemunha pudesse tê-la confundido, por exemplo, ou que tivesse mentido por sua inimizade com João. O mesmo roteiro se aplicaria a outras provas, como, por exemplo, uma perícia sobre a capacidade visual da testemunha ou sobre as condições de visibilidade no lugar dos fatos no mesmo momento do dia em que se sucederam. Uma vez determinada a prova de H₁ (<<T₁ viu João atirar em Pedro>>), esta permite inferir H (<<João atirou em Pedro>>) com maior ou menor grau de probabilidade, em função das outras provas sobre H disponíveis” (t.l.) (Idem, pp. 124-125).

³¹³ É nessa segunda fase que o autor entende ocorrer a valoração da prova. Nesse momento, o julgador não opera analogamente ao cientista que valora os resultados de sua própria investigação, mas em uma posição análoga à da comunidade científica, que avalia o grau de corroboração de uma hipótese à luz das demais hipóteses contrastantes levadas em consideração, os experimentos realizados, etc.: “E, para realizar essa valoração, deverá o juiz revisar todos os passos da investigação, isto é, os passos experimentais praticados (as provas) e as inferências realizadas a partir deles” (t.l.) (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 127). No mesmo sentido: TILLERS, Peter. *Are There Universal Principles or Forms of Evidential Inference...*, pp. 194-195.

primeiros dados observados à formulação de uma ou diversas hipóteses sobre o ocorrido se situa no âmbito da imaginação, da invenção ou da criatividade³¹⁴.

Todavia, não é qualquer hipótese que pode ser levada em consideração pela ciência, tampouco pelo Direito. Na ciência, exigem-se três requisitos fundamentais para a formulação de uma hipótese: ela deve estar bem formada, isto é, ser logicamente consistente e significativa (não vazia de conteúdo semântico); deve estar fundada, em alguma medida, em um conhecimento anterior existente; e deve ser empiricamente contrastável³¹⁵.

O Direito, lembra Ferrer Beltrán, ainda impõe ao menos duas restrições adicionais: essa contrastabilidade (ou possibilidade de ser testada) não deve ser apenas potencial, mas imediata (porque deve ser realizada num espaço temporal relativamente curto, qual seja, no curso do processo); e a hipótese deve ter por objeto fatos juridicamente relevantes, quer dizer, fatos aos quais o Direito vincule consequências jurídicas ou fatos que permitam fundar inferências sobre a ocorrência de outros fatos a que o Direito atribua consequências jurídicas³¹⁶.

A corroboração de uma hipótese, no método apresentado, supõe a possibilidade de prever algum evento ou estado de coisas empiricamente contrastável. Todavia, uma hipótese, por si só, não permite formular uma previsão que lhe traga apoio indutivo. É necessário também supor uma série de conhecimentos prévios do mundo (que Ferrer Beltrán denomina “suposições auxiliares” – SA), bem como os fatos-condicionantes particulares que devam estar presentes para que se ocorra conforme previsto (para o autor, são as “condições iniciais” – CI).

As seguintes fórmulas apresentadas são complementares e ilustram o raciocínio: “H e SA e CI \rightarrow P”; e, *contrario sensu*, “ \neg (H e SA e CI) \rightarrow muito provavelmente \neg P”. Em

³¹⁴ Por outro lado, poderia, novamente, ser formulada mais uma pergunta prévia: por que selecionar aqueles determinados dados primeiramente (sobre os quais foram formuladas as hipóteses) e não outros? Ou, em outros termos: esses dados não seriam selecionados com fundamento em alguma hipótese prévia de caráter ainda mais básico? Ao que o autor responde afirmativamente: “nossa observação do mundo está mediada pela experiência prévia, por nossos conhecimentos anteriores, pelo saber científico do momento, etc. Por isso, se a polícia quer determinar a autoria de um assassinato, recolhe dados como impressões digitais, testemunhos, gravações de câmeras vizinhas, se as tem, averigua quem se beneficia com a herança do defunto, se ele tinha inimigos, etc. Tudo isso porque sua experiência prévia indica que esses dados podem ser úteis para a formulação de uma hipótese sobre a autoria do assassinato” (*t.l.*) (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, pp. 129-130).

³¹⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 130.

³¹⁶ *Idem*, p. 130.

ambas: “H” é a hipótese a ser corroborada; “SA” são as suposições auxiliares; “CI” são as condições iniciais; e “P” é a previsão.

Num exemplo do referido doutrinador espanhol: “Se a polícia detém um homem que suspeita ser o autor de uma morte a tiros, poucos minutos antes, do dono de uma joalheria que tenha entrado para roubar, pode fazer (e só pode fazê-la) a seguinte previsão: se o detido é o autor do disparo (H) e, dados os vestígios que um disparo deixa nas mãos de quem dispara, que podem ser comprovados mediante o procedimento técnico ‘X’ (SA), e dado que o autor do disparo não usava luvas no momento em que disparou (CI), então serão encontrados rastros de pólvora sobre as mãos do detido (P)” (*t.l.*)³¹⁷.

Essa é uma previsão contrastável, que a polícia pode comprovar. Se ela não se realiza, a hipótese pode ser falsa, ou mesmo as suposições auxiliares (porque, *v.g.*, o tipo de arma utilizada não deixa vestígios na mão do atirador), ou, ainda, as condições iniciais (o sujeito usava luvas, por exemplo). E observa Ferrer Beltrán: “Por outro lado, na medida em que estejamos seguros da veracidade de SA e CI, isto nos levará a rechaçar ou revisar a hipótese analisada. Se se cumpre a previsão, por outro lado, esta constitui um elemento de juízo a favor da hipótese” (*t.l.*)³¹⁸.

Todavia, não necessariamente a realização da previsão constituirá um elemento de juízo que corrobora apenas a hipótese formulada. Pode ocorrer, e frequentemente ocorre, que a mesma previsão ‘P’ possa ser formulada a partir de diversas hipóteses, e, neste caso, o fato de ‘P’ se realizar não é um elemento de juízo válido para se preferir a alguma delas e, portanto, não outorga a nenhuma hipótese maior probabilidade que às demais.

Daí a segunda fórmula apresentada: contrastar uma hipótese exige também reconhecer que, se ‘H’, ‘SA’ e ‘CI’ não são verdadeiros, então muito provavelmente ‘P’ não se realizará³¹⁹.

³¹⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 132.

³¹⁸ *Idem*, p. 132.

³¹⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 136. Como ensina o autor, devemos ter em mente que nunca haverá certeza de que ‘H’ é verdadeira, ainda que se disponha de um grande apoio indutivo, porque sempre pode haver uma hipótese ‘H₁’ que preveja o mesmo. É possível que ‘H₁’ não tenha sido levada em conta porque o estado atual do conhecimento não permita fazer uma previsão a partir de ‘H₁’, ou, ainda, que ‘H₁’ não seja sequer imaginável no momento de tomada da decisão. Todas as hipóteses supõem que a decisão atual de se considerar ‘H’ provada será uma decisão válida a partir das inferências realizadas, uma vez que essa é a decisão justificável sobre as bases do atual conhecimento. A situação muda se, posteriormente, investigações ou avanços do conhecimento permitam conceber outras hipóteses alternativas e até mostrar que alguma delas é capaz de obter maior corroboração que ‘H’.

Pela conjunção das duas fórmulas, temos que o grau de confirmação de ‘H’ se medirá em função das previsões que tenham resultado verdadeiras e que permitam ser realizadas a partir dos dados disponíveis; e pela não probabilidade de que uma hipótese diversa ateste para os mesmos dados e permita formular as mesmas previsões dadas como verdadeiras. Explica Ferrer Beltrán: “Como pode ser observado, cada previsão formulada a partir de uma hipótese cumpre duas funções: desafia a hipótese, na medida em que, se a previsão não se realiza, aquela se torna questionável, e, por outro lado, supõe a eliminação das hipóteses que não possam prever o mesmo (sempre que a previsão se concretize, claro). Por sua vez, a comprovação do cumprimento da previsão se converte, no processo, em um novo elemento de juízo, uma nova prova, que se incorpora ao processo e introduz um novo fato (previsto e cumprido) como dado que se acumula aos já existentes. As hipóteses sobreviventes, se são mais de uma, deverão ser compatíveis com esse novo dado e com os já existentes anteriormente. Para aumentar a corroboração das hipóteses sobreviventes, deverá ser realizada nova previsão que permita eliminar alguma delas (por não ser compatível com – ou não se poder explicar – o fato previsto), e, assim, sucessivamente. Quanto mais passos desse tipo sejam dados, mais hipóteses rivais serão eliminadas (i.e., falseadas) e maior será a corroboração da(s) hipótese(s) sobrevivente(s)” (t.l.)³²⁰.

Em síntese, portanto, podemos dizer que esses critérios de decisão respondem à pergunta de quando se pode dar como provado um fato, ou, mais precisamente, quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve. Já os argumentos de confirmação, por sua vez, são razões para justificar a solidez ou debilidade da confirmação ou não da hipótese, apresentados através da elaboração de um raciocínio lógico-indutivo³²¹.

O emprego de expressões abertas e a adoção dos *standards* probatórios parece ser cada vez mais inevitável nas ordens jurídicas contemporâneas, diante de uma complexidade social que traz como consequência a crescente falta de correspondência entre o direito legislado e o contexto em que ele se opera. Essa técnica de decisão, assume particular relevo no âmbito do direito repressivo, em que a legalidade estrita constitui a garantia primordial do indivíduo³²².

³²⁰ *La valoración racional de la prueba...*, p. 138.

³²¹ Nesse sentido: LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo..., p. 98; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 139; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 126.

³²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...*, pp. 116-117. Segundo o autor, esses critérios de decisão autorizam o juiz a exercer um poder criativo muito mais amplo do que aquele que

Danilo Knijnik lembra que entre as demonstrações matemáticas e as intuições racionais existe uma “área dos juízos” que, embora não formalizáveis, são controláveis sob o plano da relação entre premissas e conclusões, afastando-os do plano do subjetivismo. Dessa forma, ainda que a lei não defina um percentual de convencimento, tal situação não invalida a utilidade teórica e prática dos *standards* probatórios³²³.

Os critérios de decisão também representam, na esteira do argumentado acima, uma forma de viabilizar um critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido a contraditório. Como decidido pela Suprema Corte norte-americana no acórdão *In re Winship* (1970), a justificativa para a adoção dos *standards* probatórios está que, num processo judicial, onde existe uma discussão sobre fatos pretéritos, o julgador não tem como obter um conhecimento a respeito do que aconteceu imune à crítica. Assim: “A intensidade de sua percepção – o grau pelo qual o julgador está convencido que um determinado fato realmente ocorreu, pode variar. E sob essa ótica, o *standard* probatório representa uma tentativa de instruir o julgador com relação ao grau de confiança que nossa sociedade crê que ele deveria utilizar” (*t.l.*)³²⁴.

Como apresentamos no início deste tópico, contextos judiciais diferentes podem gerar um número diferente de *standards* probatórios numa ordem jurídica, assim como alterar seus graus de exigência. Estabelecer esse número, ensina Taruffo, é muito mais um problema político do que filosófico ou epistêmico. A variação dependerá do grau de aproximação da verdade que é considerado adequado para cada contexto procedimental. Essa relatividade dos *standards*, apesar de inicialmente não parecer, apenas reafirma a exposição inicial acerca da função epistêmica da prova e da natureza da verdade judicial³²⁵.

também existe no procedimento de interpretação. Por esse motivo, a obrigação de fundamentar as escolhas valorativas adquire uma feição peculiar, devendo o juiz demonstrar a *racionalidade* do emprego do *standard* na decisão concreta (Idem, p. 117).

³²³ *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 36. No mesmo sentido, lembra Antonio Magalhães Gomes Filho que os inevitáveis espaços de discricionariedade não implicam necessariamente incerteza ou arbitrariedade se, pela via da justificação, é possível verificar quais foram os critérios que presidiram as escolhas realizadas (*A motivação das decisões penais...*, 2013, p. 75).

³²⁴ *In re Winship* (1970) 397 U.S. 358. No mesmo sentido: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...*, p. 33.

³²⁵ TARUFFO, Michele. *Prueba, Verdad y Estado de Derecho...*, p. 39. Como conclui o autor: “a função epistêmica da prova é desempenhada porque a prova provém da base cognitiva que é necessária para estabelecer a verdade dos enunciados sobre os fatos em tela, mas, por outro lado, semelhante verdade é relativo a respeito da quantidade e qualidade da informação sustentada pela prova. Os *standards* probatórios são, por assim dizer, a medida de confirmação probatória que é necessária e suficiente, para um juiz que seja racional, a fim de se considerar o enunciado fático como verdadeiro em seu próprio contexto judicial” (*t.l.*) (Idem, p. 39). No mesmo sentido, afirma Ferrer Beltrán que a epistemologia pode nos ajudar a estabelecer um *standard* de prova que reflita corretamente o nível de suficiência probatória que se decidiu adotar, mas não nos diz nada

Conclui-se que, no âmbito de valoração de provas, a adoção de uma perspectiva racionalista que assimile esses modelos de constatação não implica uma negação da liberdade ou da discricionariedade do magistrado, as quais representam o núcleo do sistema da livre convicção, mas determina que o juiz efetue suas valorações segundo uma discricionariedade guiada pelas regras da ciência, da lógica e da argumentação racional.

sobre o nível em si mesmo, visto que esta decisão é uma decisão política (*La valoración racional de la prueba...*, p. 83).

4. O Juízo de Admissibilidade da Busca.

4.1. Noções Introdutórias da Busca: conceito, natureza jurídica, objeto e modalidades de busca.

A busca (e também a apreensão) é uma medida que se mostra presente desde as civilizações antigas, podendo ser identificado seu embrião na *actio concepti* do Direito Romano, prevista na Lei das XII Tábuas³²⁶. No que toca a história do Direito Brasileiro, ainda que não vinculada de modo direto às investigações criminais, a proteção da casa e da intimidade já era prevista nas Ordenações do Reino, diplomas portugueses que vigoraram no Brasil em seu período colonial.

Desde então, sua proteção nunca deixou de constar nas leis processuais penais regentes da ordem jurídica pátria, seja no “Codigo do Processo Criminal de primeira instancia” de 1832, nos Códigos Processuais Penais estaduais que o seguiram ou no CPP de 1942. Este disciplina a busca em seu Título VII, Capítulo XI, compreendendo os artigos 240 a 250. A despeito de serem institutos distintos, todos os diplomas mencionados tratam da busca juntamente com a apreensão³²⁷.

³²⁶ A *actio concepti* estava prevista no segmento em que a Lei das XII Tábuas disciplinava o delito de furto, sendo a medida da qual se valia o indivíduo furtado contra aquele que desconfiava ser o ladrão (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 705). Tratava-se de um procedimento realizado, portanto, pelo próprio particular, o qual realizava a busca doméstica do objeto desaparecido. Para tanto, a lei exigia somente que, quem quisesse investigar determinada casa, devia fazê-lo nu, cingido por um *licium*, com um prato na mão. Dessa forma, se a coisa procurada fosse encontrada no interior da casa, a lei declarava ter havido furto manifesto. Para um estudo aprofundado do tema, ver: PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³²⁷ O que causa alguma confusão em sua abordagem por alguns doutrinadores até hoje, apesar da clareza na separação dos institutos. Diplomas anteriores, inclusive, inseriam a apreensão como objetivo da busca, caso do “CPP de 1832”, que previa em seu Título III, do Processo Sumário, apenas o capítulo “Das buscas” (Capítulo VII – artigos 189 a 202). Também o Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul, de 1898, em seu Capítulo III (“Das Provas”), disciplinava os institutos apenas na Seção III, denominada “Buscas”. Por fim, o Código de Processo Penal do Estado do Paraná, de 1920, curiosamente previa o Título “Das buscas e apprehensões” (Título IX) mas não cuidava destas em seus artigos. Ressaltando a diversidade e autonomia dos institutos: PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e apreensão...*, p. 96; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 344; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 708; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 261; e CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, pp. 113-114. Ademais, observa Grinover que: “Por outro lado, as buscas configuram restrições às garantias de liberdade individual (inviolabilidade de domicílio e da pessoa física); já as apreensões representam limitações ao poder individual de deter as coisas e de reter as pessoas” (*Provas ilícitas...*, p. 261).

a) *Conceito.*

O CPP não traz um conceito de busca, cabendo à doutrina elaborá-lo. Segundo Cleunice Pitombo, a busca “é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e integridade física ou mental), consistente em procura, que pode ostentar-se na *revista* ou no *varejamento*, conforme a hipótese: de *pessoa* (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), *semoventes*, *coisas* (objetos, papéis e documentos), bem como de *vestígios* (rastros, sinais e pistas) da infração”³²⁸. Em termos mais amplos, a busca consiste numa atividade de procura, que será realizada por agentes estatais, em pessoas ou coisas, com o objetivo de encontrar, em regra, objetos que possam ser utilizados como elementos de informação no inquérito policial ou meios de prova em processo criminal³²⁹.

b) *Natureza Jurídica.*

Trata-se de tema que ainda se mostra bastante espinhoso no estudo da medida em análise. Uma primeira corrente doutrinária, à qual nos filiamos, entende se tratar de um *meio de obtenção de prova*, uma vez que as buscas (e também a apreensão) não são aptas a provar fatos, mas por meio da busca (e posterior apreensão) se encontram e se conservam os elementos de prova apreendidos³³⁰.

³²⁸ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, p. 109. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 261.

³²⁹ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 101. Nesse mesmo sentido, ensina Vincenzo Manzini que as buscas são “investigações materiais, coercitivamente executáveis, admitidas como exceção às normais garantias da liberdade individual (pessoal ou domiciliária), com o objetivo de assegurar ao processo coisas que possam servir à prova, ou de prender o imputado ou outra pessoa investigada pela prática de crime ou foragida” (t.l.) (*Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 698).

³³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 344. No mesmo sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 708. O PLS 156/2009 também optou por esse entendimento, tanto que deslocou a disciplina da busca e da apreensão do capítulo referente aos meios de prova para capítulo posterior, intitulado “Dos meios de obtenção de prova” (Título VIII, Capítulo III). Paolo Tonini diferencia os meios de prova dos meios de obtenção de prova da seguinte maneira: “os meios de prova se caracterizam pela atitude de oferecerem ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis em sede decisória. Ao contrário, os meios de obtenção de prova não são, por si só, fontes de convencimento, mas tornam possível adquirir elementos materiais, vestígios ou declarações dotadas de valor probatório” (t.l.) (*Manuale di procedura penale*. 11ª ed. Giuffrè, Milano, 2010, p. 366). Gomes Filho apresenta três grupos de diferenciação entre meio de prova e meio de obtenção de prova: i) os meios de prova se referem a uma atividade endoprocessual, que se desenvolve perante o juiz, enquanto que os meios de obtenção de prova dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais), regulados pela lei com o objetivo de se obter provas materiais; ii) os meios de obtenção de prova apresentam o “fator surpresa”, enquanto os meios de prova devem estrito respeito ao contraditório; e iii) presentes irregularidades quanto aos

Outro importante setor doutrinário entende se tratar de *procedimento cautelar*. Neste sentido, Sérgio Marcos Moraes Pitombo observa que: “a busca e a apreensão, muito embora exprimam atividade de coação processual real física, porque restritivas de direitos, possuem finalidade cautelar, quando impostas para garantia da instrução criminal. Visam a obstar ameaça do dano jurídico, o qual certamente, adviria da natural demora do processo”³³¹. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover também reconhece a natureza cautelar da busca, condicionando sua decretação à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* nesse caso³³².

Para Guilherme de Souza Nucci, a busca tem natureza jurídica mista. Conforme o caso, “a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova, quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio”³³³.

Em estudo específico sobre o tema, Cleunice Pitombo, fugindo da dicotomia entre meio de obtenção de prova e procedimento cautelar, conclui que a busca, no processo penal brasileiro, não constitui prova, meio de obtenção de prova ou procedimento cautelar. Para a autora, a busca consiste, na verdade, “em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado, ou perquirido”³³⁴.

meios de prova, a consequência será a nulidade da prova, ao passo que presentes irregularidades quanto aos meios de obtenção de prova, a consequência será a inadmissibilidade da prova no processo (Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 307-308). No mesmo sentido: KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011, p.54.

³³¹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro...*, p. 81. No mesmo sentido, José Frederico Marques ensina que a busca e a apreensão consistem em “procedimento cautelar destinado a formar o corpo do delito e sobretudo o *corpus instrumentorum* do fato delituoso, mediante atos de coação da Polícia Judiciária (*Elementos de direito processual penal...*, pp. 312-317).

³³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 659. Não afirmando ser medida cautelar, mas também exigindo a concorrência de elementos de urgência e necessidade: ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal...*, p. 124

³³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p 508.

³³⁴ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, pp. 116-117. Para chegar a essa definição, a autora se vale principalmente do direito estrangeiro, tratando da busca no direito português, italiano e espanhol. Nos dois primeiros, inclusive, os respectivos códigos inserem a busca e a apreensão no título referente aos meios de obtenção de prova (Título III, “Dos meios de obtenção da prova”, no CPP português; e Título III, “Mezzi di ricerca della prova”, no CPP italiano). Não obstante, na doutrina desses três países, persiste o debate acerca da natureza jurídica da busca (e da apreensão).

c) Objeto.

Franco Cordero afirma que o objeto da busca deve ser determinado indiretamente, de acordo com o conceito de relevância do material para o conhecimento do crime investigado³³⁵. Dá-se, pela visão do autor, uma amplitude perigosa à medida em questão. Como abordaremos em tópicos posteriores, o artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal traz um rol de situações autorizadas da medida, as quais devem servir para delimitar o objeto da busca, além dos preceitos relacionados à determinação do lugar da execução, do sujeito passivo da medida e da motivação constante no mandado.

d) Modalidades.

O CPP prevê duas modalidades de busca em seu artigo 240, quais sejam, a *domiciliar* e a *pessoal*.

A busca domiciliar é a procura efetuada em âmbito domiciliário alheio, a fim de se apoderarem os agentes de persecução penal de objetos que interessem à justiça penal e que se tenha fundadas razões de que ali estejam³³⁶. A inviolabilidade da casa, como já abordado, possui tutela constitucional expressa, de modo que a busca domiciliar feita em desacordo com a Constituição Federal ou com as normas infraconstitucionais acarreta a ilicitude da prova obtida. O conceito de casa, por sua vez, também já foi tratado no item 2.2.4.

A busca pessoal é a diligência de procura realizada no corpo da pessoa, em suas roupas ou objetos que tenha consigo (bolsas, mochilas, malas, etc.), seja ela o suspeito, o indiciado, o acusado, a vítima e até mesmo terceira pessoa³³⁷. Também é considerada busca pessoal a procura realizada no automóvel do indivíduo, quando o veículo não servir como seu domicílio.

³³⁵ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 101.

³³⁶ Nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 705; CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 101.

³³⁷ É a posição de: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 348; MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 701; PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 130; e PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Do sequestro...*, p. 69. Mais ampla é a área atingida, e.g., no direito italiano, em que se entende que a busca pessoal se estende automaticamente ao local ao redor da pessoa que sofre a medida (nesse sentido: FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 150).

A restrição legislativa a essas modalidades é alvo de críticas doutrinárias, dada a deficiência e engessamento da medida frente ao desenvolvimento tecnológico, de modo que várias situações cotidianas se revelam difíceis de serem inseridas em uma ou outra modalidade, necessitando-se, assim, de uma ampliação nas modalidades do instituto em nossa ordem jurídica. Nas palavras de Cleunice Pitombo, “a inevitabilidade de ampliar as espécies conhecidas pode, por exemplo, ser constatada, também, na busca realizada em veículos, que sirvam de habitação; ou em lugar público, de uso comum ou especial; e, por igual, em locais sujeitos a segredo ou sigilo”³³⁸.

e) Da exigência do prévio mandado como regra para a realização da busca.

O método mais efetivo de proteger a população de buscas arbitrárias é limitar a discricionariedade dos agentes estatais, seja pela exigência de que um julgador imparcial e competente expeça um mandado previamente à busca³³⁹, seja por exigir que o Estado (por intermédio de seus agentes) justifique detalhadamente a medida invasiva depois do fato ocorrido, individualizando quais fatores, já presentes antes de sua realização, aumentaram consideravelmente o grau de suspeita contra determinada pessoa e autorizaram sua realização sem a prévia ordem³⁴⁰.

Em outro sentido, Donald Dripps entende que o alto “custo intrínseco” exigido para se conseguir um mandado torna-o, em regra, desnecessário. O trabalho para se contatar

³³⁸ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 124. A autora observa que, em boa parte do direito estrangeiro, o regramento é bem mais específico. Em Portugal e na Itália, a busca é dividida em três modalidades: pessoal, local e domiciliar. Na Espanha, divide-se em entrada e *registro*: em lugares públicos; edifícios e lugares fechados; em domicílio; em templos, demais lugares religiosos e em navios. Já a ordem jurídica chilena cuida da busca em edifício, ou lugar fechado: público ou particular. Por fim, a ordem jurídica argentina disciplina as buscas em morada; lugares públicos e a pessoal.

³³⁹ Em algumas ordens jurídicas, todavia, nem sempre esse juízo prévio de autorização da busca se dará por um agente imparcial. Na Itália e na Argentina, *e.g.*, a admissibilidade da busca domiciliar realizada na fase pré-processual será feita pelo membro do Ministério Público, particularidade esta que faz com que Christian Jäger insira uma análise de competência na matéria em debate. A proibição, segundo o autor, somente se dará se for o caso de incompetência absoluta do agente autorizador. E exemplifica: “[Se] a ordem foi emitida pelo Ministério Público por uma falsa crença de que, por exemplo, o lugar em que se realizou a busca não era um apartamento, então é um caso de incompetência relativa. Esta incompetência não afeta, em princípio, a eficácia jurídica da ordem e proporciona, portanto, os fundamentos jurídicos necessários para que se permita o emprego do material probatório, já que o Ministério Público não é uma autoridade absolutamente incompetente (art. 203 do CPP de Córdoba)” (*t.l.*) (*Problemas Fundamentales...*, p. 111). Em sentido diverso, parte da doutrina espanhola entende que qualquer restrição a direito fundamental do indivíduo só poderá ser ordenada por um juiz (nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 72).

³⁴⁰ PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine: Distinguishing Dragnets from Special Subpopulation Searches*. Search & Seizure Law Report. 39, no. 8, 2012, p.63.

um magistrado, muitas vezes durante as madrugadas, visando a obtenção de um mandado de busca é um fator desencorajador da procura pelo prévio mandado, e que bastaria isso para se supor que o agente policial só pleiteará a expedição do mandado quando realmente estiver convicto de que há *probable cause* [ou fundadas razões] no caso em questão. Assim, se há essa convicção, o policial geralmente estará correto. E conclui que: “a polícia só possui uma motivação para seus atos – obter elementos probatórios importantes de um crime – e uma expertise bastante considerável em supor onde tais elementos poderão ser encontrados” (*t.l.*)³⁴¹. Dessa forma, já que o mandado, na grande maioria das vezes, será expedido, revela-se desnecessária sua exigência: seria uma mera formalização do fato sustentado pelo policial, valor pequeno a ser protegido quando comparado ao alto custo para sua prévia obtenção³⁴².

Segundo Duke, há uma grande falha nessa análise econômica: Dripps negligenciou a maior alternativa à realização das buscas, que é o desenvolvimento dos outros meios de investigação. Uma alternativa à realização de qualquer modalidade de busca é uma maior investigação: mais oitiva de testemunhas, mais monitoramento, maior análise de

³⁴¹ DRIPPS, Donald. *Living with Leon*. Yale Law Journal 906, Vol. 95, 1986, pp. 29-30. Em crítica a esse posicionamento, lembra Luís Carlos Valois que o que resta registrado, em âmbito nacional, são apenas as invasões com efetiva apreensão de objetos incriminadores: “Forjada ou não essa apreensão, o que chega ao judiciário e aos anais dos procedimentos policiais são as invasões com apreensões. Daí juízes tenderem a achar que a polícia tem um sexto sentido – ou algum tipo de treinamento policial especial – que a qualifica a identificar traficantes na ausência de qualquer evidência, pois, afinal, em toda invasão de domicílio e abordagem na rua, das quais se tem notícia, há apreensão de drogas” (*O direito penal de guerra às drogas...*, p. 474). No mesmo sentido: ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2013, p. 70. Excerto disponível em: https://books.google.com.br/books?id=reDzBZ3pXqsC&pg=PA97&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=2#v=onepage&q&f=false.

³⁴² DRIPPS, Donald. *Living with Leon...*, p. 926. Embasando-se num estudo realizado pelo *National Center for State Courts* (NCSC) em sete cidades norte-americanas, nas quais foram analisados os casos em que foram executados mandados de busca, dados os baixos níveis de reforma e impugnação das medidas, o autor conclui que quase sempre os mandados expedidos são válidos e há a *probable cause*, pugnando por essa ampla admissibilidade de expedição e, ainda, pela execução de buscas sem mandado (*Idem*, p. 925). Segundo a pesquisa mencionada, apenas 39% das buscas realizadas foram impugnadas pelos sujeitos passivos, sendo que, dessas impugnações, a apenas 12% foi dado provimento e, por fim, apenas 5% das decisões determinaram uma total anulação da medida. Crítico dessas conclusões, lembra Steven B. Duke que, na ordem jurídica estadunidense, os juízes que expedem os mandados muitas vezes são os mesmos que analisarão eventuais impugnações acerca de sua legalidade, fator que compromete sobremaneira a imparcialidade do decisório e, conseqüentemente, a legitimidade da pesquisa. Duke ainda observa que, quando da realização do estudo mencionado, foi especificado nos mandados de busca domiciliar executados a busca por “Propriedades que possam determinar a identidade das pessoas no controle, cuidados ou manutenção das premissas a serem buscadas, incluindo, mas não limitadas a, envelopes fechados, contas fiscais, comprovantes de renda, fotos e chaves”. Como crítica o autor, se nenhum desses itens existirem em uma casa, trata-se de uma casa vazia. E conclui: “Se nenhum desses itens estão presentes, ainda poderá haver alguma literatura possivelmente ligada a crimes, como livros ou revistas sobre drogas, também comumente especificados nos mandados da NCSC. O fato de alguns policiais não terem apreendido algum elemento *em qualquer* dos casos é que é surpreendente” (*t.l.*) (*g.a.*) (*Making Leon Worse...*, p. 1408). Também criticando a dispensabilidade dos mandados: AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1099.

documentos, aumento do contingente policial de investigadores etc.³⁴³. Todavia, são as buscas que acabam sendo rotineiramente efetuadas, pois aparentam ser o método mais eficiente de descoberta de elementos de prova, não obstante sua natureza excepcional.

Se uma análise econômica pode ser considerada, os custos e benefícios dos meios de investigação alternativos à busca também devem ser levados em consideração quando a polícia for preferir uma busca a qualquer dos demais meios, notadamente pelo seu caráter residual e restritivo de direitos fundamentais. Deve-se, ainda, considerar por que se valer daquela modalidade de busca (muitas vezes sem mandado) em vez das demais. Avaliados os custos e benefícios, chega-se ao que Steven B. Duke denomina *utilidade líquida* do meio de investigação: “Não há razão para acreditar que um método de busca significativamente carrega um maior grau de eficiência que os demais. Isto porque o método escolhido, independentemente dos seus custos abstratos, deve exceder em utilidade líquida todos os demais métodos de busca *e os métodos alternativos de investigação*. De fato, o ‘custo’ de uma busca não pode ser medido por nada ‘intrínseco’ àquela busca. Em vez disso, o custo da busca [a ser comparado] é a utilidade líquida da próxima melhor alternativa, a escolha precedente que era a mais competitiva com a realizada” (*t.l.*) (*g.n.*)³⁴⁴. Esses “custos intrínsecos” de uma modalidade de busca são quase irrelevantes quando comparados com os requisitos da motivação da busca, se elaborarmos um cálculo de custos e benefícios.

Dessa forma, agentes policiais neutros procurarão obter um mandado de busca se os benefícios esperados superarem os custos de se obter um mandado. Como os custos, na verdade, costumam ser baixos, os benefícios esperados também podem ser pequenos. Nesse contexto, os benefícios esperados pareceriam ser a soma de alguns termos, que pode ser expressada por $U + P(V)$: em que ‘U’ é a utilidade derivada de se efetuar uma busca com mandado (como a possibilidade de se adentrar um domicílio sem o consentimento do morador, por exemplo) acima da utilidade derivada de outras atividades policiais; ‘P’ é o aumento da probabilidade de se descobrir elementos de prova através de uma busca, em oposição aos demais meios; e ‘V’ é a utilidade desses elementos no processo ou procedimento subsequente.

O único fator relacionado com os *standards* das fundadas razões, das fundadas suspeitas ou da *probable cause* é ‘P’, e apenas indiretamente³⁴⁵. Se, exemplificativamente,

³⁴³ DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1418.

³⁴⁴ *Idem...*, pp. 1418-1419.

³⁴⁵ Desenvolveremos a ideia de *probable cause* no item 4.2.1.2.

‘P₁’ é a probabilidade de serem descobertos elementos úteis à investigação por meio de uma busca com mandado, e ‘P₂’ é a probabilidade de serem descobertos elementos igualmente valiosos ou úteis por algum outro meio de investigação, então podemos ilustrar que $P = P_1 - P_2$. Para Duke, esse modelo teórico não sugere que ‘P₁’ seja substancial. Se ‘U’ é bastante largo, ou se o valor de ‘P₂’ é muito pequeno, a polícia poderá procurar um mandado mesmo que ‘P₁’ seja virtualmente zero (mesmo que se saiba que há quase nenhuma chance de se encontrar elementos de prova úteis)³⁴⁶.

E conclui o mencionado autor: “A noção de que há custos especiais associados com um mandado de busca, e que insinua garantir que há causa provável por esse motivo, não é apenas errada empiricamente, mas também teoricamente. Não é determinante que um mandado leve dez minutos ou dez horas para ser obtido. Nem é determinante que o agente policial possa simplesmente pressionar um botão num computador e imprimir o mandado ou que ele primeiro tenha que tratar com seis superiores diferentes, dois promotores e três juízes. A confiabilidade do mandado, como um prognóstico de que há causa provável, não é afetada crucialmente pelo custo do trabalho do agente policial. O mandado é, em qualquer dos casos, a escolha disponível mais eficiente” (*t.l.*)³⁴⁷.

Nesse sentido, como decidido pela Suprema Corte norte-americana em *New Jersey v. T.L.O.*, um tribunal só poderá eventualmente “dispensar os requisitos do mandado e da causa provável em situações excepcionais, nas quais necessidades especiais, além das necessidades normais da persecução penal, tornarem os requisitos do mandado e da causa provável impraticáveis” (*t.l.*)³⁴⁸. Da mesma forma entendemos ser estruturado o juízo de admissibilidade da busca em nossa ordem jurídica (tanto domiciliar quanto pessoal), ou seja, sua autorização dependerá de prévio mandado judicial e, caso realizada sem este, deverá ser devidamente demonstrada a situação excepcional (prevista na CF ou na legislação) que motivou a sua realização, como passaremos a abordar³⁴⁹.

³⁴⁶ *Making Leon Worse...*, p. 1419.

³⁴⁷ *Idem*, pp. 1419-1420.

³⁴⁸ *New Jersey v. T.L.O.* (1985), 469 U.S. 325.

³⁴⁹ Na Espanha, sua Suprema Corte foi indagada sobre a necessidade de a concordância do magistrado estar documentada em um mandado para que se autorize a prática da busca. Quer dizer, poderia a autorização verbal do juiz legitimá-la? Ao que decidiu o referido tribunal: “falta a documentação da resolução judicial de busca domiciliar, mas não faltou a vontade do juiz, de cuja existência existem outras provas... contudo, essa prova indireta da existência da vontade judicial... por seu caráter indireto, não comprova que a vontade [manifestada] teria adotado todas as formalidades previstas para a sua plena eficácia... dúvidas que deverão favorecer os réus, determinado-se que se negue à medida derivada daquela vontade o valor probatório que lhe seria próprio” (*t.l.*) (STS de 28 de janeiro de 1993 – RJ 1993, 213). No mesmo sentido, a STS de 24 de março de 1994 (RJ 1994, 2584).

4.2. *Juízo de admissibilidade da busca domiciliar.*

O juízo de admissibilidade da busca domiciliar pode ser realizado em dois momentos distintos: antes ou após a diligência. Sua incidência prévia é a regra, atendendo-se aos requisitos do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal. Dessa forma, a busca domiciliar só poderá ser realizada quando presentes as “fundadas razões” exigidas pela lei, juntamente com alguma das situações autorizadas previstas nas alíneas que seguem.

Todavia, excepcionalmente, o juízo de admissibilidade recairá sobre medida já efetivada. Neste caso, estaremos diante de alguma das exceções constitucionais mencionadas no artigo 5º, inciso XI (abordado no item 2.2.4 desta dissertação). O juízo, então, recairá sobre ato de terceiro: o ato do agente policial ou mesmo qualquer do povo que, diante da presença de uma das situações excepcionais, entende ser possível adentrar domicílio alheio (e ali buscar algo). Ao contrário do que normalmente ocorre, nessas situações as condições autorizadas do ingresso no domicílio foram aferidas por outra pessoa que não o juiz.

Ante o exposto, verificamos que a sistemática constitucional e infraconstitucional permite-nos falar em dois juízos de admissibilidade na busca domiciliar: um juízo de autorização ou deferimento, que constitui a regra, em que, frente ao requerimento das partes e elementos trazidos aos autos, o juiz analisará a presença ou não dos requisitos necessários à autorização da medida; e um de confirmação ou sanção, situação excepcional, em que, frente a busca já efetivada, o juiz analisará se houve ou não alguma das situações constitucionais de exceção. Como lembra Fredie Didier, é também pelo o juízo de admissibilidade que o magistrado invalida o ato jurídico já praticado, a partir do reconhecimento de defeito que impede sua apreciação³⁵⁰. Em suma, no primeiro juízo, o magistrado autoriza ou não busca requerida; no segundo juízo, ratifica ou não admite que sejam utilizados os elementos trazidos por uma busca já realizada.

A distinção se revela importante pelas suas repercussões processuais. Ao constatar não estarem presentes os requisitos necessários de uma busca requerida, a autoridade judicial a denegará e o processo continuará (cabendo às partes, eventualmente, impugnar tal decisão).

³⁵⁰ *Pressupostos processuais e condições da ação...*, p. 99. No mesmo sentido: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 105-107; GIACOMOLLI, Nereu José. *Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal...*, pp. 48-49.

No entanto, se o juiz constata não estar presente qualquer das situações excepcionais previstas na Constituição em busca já realizada é porque houve violação, no mínimo, à garantia da inviolabilidade domiciliar. Trata-se de prova ilícita e, portanto, inadmissível.

Em tais situações, reza o Código de Processo Penal que tal elemento deverá ser desentranhado do processo. Não podemos esquecer, contudo, que dificilmente o juiz que analisou a admissibilidade dessa prova não teve contato com o seu conteúdo, limitando-se a verificar se houve ou não a situação excepcional. Portanto, esse magistrado pode já estar “contaminado” pela prova ilicitamente colhida e não estaria apto a proferir posterior sentença. Para Aury Lopes Júnior, a despeito das inúmeras dificuldades práticas que a proposta possa trazer: “não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos ‘pré-juízos’ que ele fez”³⁵¹.

Dessa forma, a busca domiciliar poderá ou não ser precedida de mandado judicial. Este se revela absolutamente necessário nas situações fora das exceções constitucionais, em que deverá ser realizado um juízo de admissibilidade prévio de autorização da medida pelo magistrado. Isto porque, como citado no item anterior, o

³⁵¹ *Direito Processual Penal...*, p. 607. Como lembra o autor, nesses casos nada garante que o juiz não esteja decidindo a partir da prova ilícita desentranhada, ainda que inconscientemente, e, na fundamentação, apenas crie uma blindagem argumentativa de que a decisão foi tomada em uma prova lícita. Com entendimento semelhante, Mirjan Damaska afirma que os profissionais do Direito em países de *civil law* parecem estranhamente otimistas de que os julgadores possam ser rapazes de desconsiderar a influência de uma prova relevante mas ilícita e, após saber da ilicitude, excluí-la do seu processo decisório (*Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure...*, p. 514). Nos Estados Unidos, técnicas têm sido desenvolvidas para se isolar o julgador dos impactos de elementos de prova apresentados de admissibilidade contestável (como a realização de audiências preliminares diante de outro magistrado antes da apresentação da prova possivelmente ilícita): “Há uma preocupação de que o julgador, tendo tido contato com fortes provas da culpabilidade, será incapaz de conduzir-se imparcialmente na questão da exclusão da prova, ou que o julgador, mesmo tendo declarado a prova inadmissível, não conseguirá ou não terá vontade de desconsiderá-la” (*t.l.*) (Idem, p. 523). No mesmo sentido: DUKE, Steven B. *Making Leon Worse*. Faculty Scholarship Series. Paper 816, 1986, p. 1414. No PLS 156/2009, há a interessante figura do “juiz das garantias”, responsável pelo controle da legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (artigo 14). Trata-se de previsão importante no sentido de se evitar essa mácula do julgador no contato com a prova ilicitamente obtida em sua origem, boa parte das vezes operada em um momento pré-processual. Isto porque o magistrado que atuou na função de “juiz das garantias” estará impossibilitado de ser o juiz da causa em futura e eventual ação penal. A respeito do tema, observa Mauricio Zanoide de Moraes: “Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a presunção de inocência” (Quem tem medo do “juiz das garantias”? In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010, p. 22). E conclui: “Ao se impor, nessa nossa atual legislação, que ele atue tanto em fase investigativa quanto judicial, exige-se do magistrado um comportamento inumano. Exige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação) para analisar se aquilo que ele ‘ajudou’ a produzir é idôneo para a acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar” (Idem, p. 22).

mandado desempenha o importante papel de prover o escrutínio neutro de um magistrado, constituindo uma garantia mais confiável contra buscas (e apreensões) ilegais do que um julgamento apressado do agente policial “engajado na frequentemente trabalhosa empreitada de desentocar o crime”³⁵².

Ao exigir o prévio mandado, o legislador constitucional imaginou um modo de verificar o zelo dos agentes e autoridades policiais, interpondo uma revisão judicial entre o Estado e seus cidadãos. Quando aos agentes estatais é permitido buscar e apreender pessoas e coisas, mesmo que ausentes circunstâncias fáticas exigentes e concretas, e sem convencerem previamente um juiz da necessidade de suas ações, a segurança coletiva da sociedade corre risco³⁵³.

Segundo Franco Cordero, a expedição do mandado judicial constitui o exercício de um verdadeiro *poder* do magistrado, do qual emana um duplo efeito: “a legitimação do oficial para o ato preceptivo, que consistirá na apreensão, e o dever de a tal ato prosseguir. O exercício de um poder, do qual *Primus* [o juiz] é titular, investe o *Secundus* [o agente policial] de um certo poder e lhe impõe o dever de exercitá-lo” (*t.l.*)³⁵⁴.

É a partir desse paradigma (o prévio mandado) que passaremos à análise das hipóteses constitucionais e infraconstitucionais autorizadoras da medida.

³⁵² Tradução livre de expressão da Suprema Corte norte-americana em *Johnson v. United States* (1948), 333 U.S. 10, p. 13. No mesmo sentido: MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion: The Fourth Amendment on the Streets*. Cornell Law Review 1257, Vol. 75, 1990, p. 1314; KAMISAR, Yale. *Gates, 'Probable Cause', 'Good Faith', and Beyond*. Iowa Law Review 69, 1984, p. 555; MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, pp. 700-701.

³⁵³ Como bem explicado pela Suprema Corte norte-americana, em *Johnson v. United States*: “O significado da Quarta Emenda, o qual frequentemente não é captado mesmo por oficiais zelosos, não é negar à persecução penal o auxílio das inferências usuais que um homem razoável possa formular a partir das provas. Sua proteção consiste em exigir que essas inferências sejam formuladas por um magistrado neutro e alheio aos fatos, em vez de ser avaliado pelo policial engajado na frequentemente trabalhosa empreitada de se desentocar o crime. Se qualquer suposição de que uma prova seria suficiente para fundamentar a determinação de um magistrado desinteressado a expedir um mandado de busca justificar aos policiais que executem buscas sem mandado, isso reduziria a [Quarta] Emenda a um verdadeiro nada e deixaria a segurança dos domicílios das pessoas à simples discricionariedade dos agentes policiais” (*t.l.*) (*Johnson v. United States* (1948), 333 U.S. 10, pp. 13-14). No mesmo sentido: MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1315; e KAMISAR, Yale. *Gates, 'Probable Cause', 'Good Faith'...*, pp. 555-556.

³⁵⁴ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 111.

4.2.1. Com prévio mandado judicial.

Apesar de legitimada pelo Estado, a busca é uma medida que não deixa de atentar contra os direitos fundamentais do indivíduo, motivo pelo qual deverá respeitar os limites formais estabelecidos pelo legislador. Ou seja, o cumprimento das formalidades é essencial para sua validade, de modo que o juízo de admissibilidade da busca necessariamente passará pelo exame desses limites: o juiz não autorizará a busca sem que preenchidos os requisitos necessários.

Dispõe o artigo 243 do Código de Processo Penal vigente que o mandado de busca domiciliar deverá: (a) indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; (b) mencionar o motivo e os fins da diligência; (c) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir e; (d) se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

A indicação precisa da casa e da pessoa que sofrerá a busca é importante ferramenta para evitar abusos por parte das autoridades, como devassas em localidades não objeto da investigação, bem como a livre intervenção na intimidade das pessoas a pretexto de se realizar uma busca pessoal.

Já ao exigir a menção dos motivos e fins da diligência, entende Cleunice Pitombo que o Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal, exige da autoridade judicial que esta deva, como também detalharemos no item 4.2.1.2, “de forma inequívoca, demonstrar, nos ‘fundados motivos’, que a restrição ao direito individual aflora inafastável, para a persecução penal; evidenciar o interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; estar ajustada, em sua concretude, com a finalidade perseguida. E, mais, patentear sua imprescindibilidade, oportunidade e conveniência”³⁵⁵. Reforça-se, assim, que é pressuposto da busca e da apreensão o fator de a prova não poder ser obtida por outro meio menos violento, devendo-se evidenciar a imprescindibilidade da diligência³⁵⁶.

³⁵⁵ *Da busca e da apreensão...*, p. 130.

³⁵⁶ Nesse sentido, Tomás Lopez Fragoso, ao tratar das interceptações telefônicas (ressaltando sua aplicabilidade no âmbito de outras medidas restritivas de direitos fundamentais, como a busca e a apreensão), ensina que o órgão judicial deverá respeitar o princípio da proporcionalidade, valorando, no caso concreto, a limitação do

Como observa a citada autora, a inobservância das condições acima mencionadas pode tornar sem eficácia o ato procedimental, seja quanto à busca pessoal ou domiciliar³⁵⁷. Mais do que a simples ineficácia da busca realizada, esta tornar-se-á nula. Dessa forma, os pressupostos ou requisitos de admissibilidade se sobrepõem à própria finalidade da busca ou a outros objetivos estatais não expressamente declarados (isto tanto para a busca domiciliar quanto para a busca pessoal, estendendo-se o raciocínio, na verdade, a quaisquer medidas restritivas de direitos fundamentais), e, em outras palavras, é a observância a eles que definirá a possibilidade de aproveitamento da medida realizada³⁵⁸.

Esses requisitos do artigo 243 do CPP, que Gustavo Badaró denomina “requisitos intrínsecos”, são causadores de enorme celeuma doutrinária e jurisprudencial, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

4.2.1.1. Definição precisa do local e do objeto.

Pressuposto da realização da busca domiciliar é a indicação precisa da casa ou local onde a busca será realizada, bem como quem lá reside ou está sendo investigado. Afinal, trata-se a busca domiciliar de medida de exceção, visto que importa em violação do domicílio e, conseqüentemente, da intimidade alheia. No exemplo de Paulo Rangel: “Se do mandado [de busca] constar apreensão de uma arma de fogo na residência de Tício, não poderá haver busca e apreensão na residência ao lado, pertencente a Caio, por exemplo. Se houver, a prova será ilícita, pois não há mandado para ingressar no domicílio de Caio, não obstante haver notícia fidedigna de que a arma lá se encontra”³⁵⁹.

Nesse contexto, entendemos inadmissíveis o pedido e a expedição de ordem judicial genérica, também chamados de “mandados *erga omnes*”, “mandados vagos” ou “incertos”, facultando-se à autoridade ou ao agente da autoridade a escolha do local a ser

direito fundamental, segundo a importância do que pode ser presumidamente descoberto. Segundo o autor: “o juiz de instrução terá de apreciar a necessidade da interceptação telefônica, no sentido de ela possuir um caráter subsidiário, isto é, que não seja possível alcançar os mesmos fins com outros meios menos gravosos para o afetado” (“Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, em *Derechos y Libertades, Revista do Instituto Batolomé de las Casas*, ano 1, out/93 a mar/94, n.2, Universidade Carlos III, Madri, p. 86).

³⁵⁷ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 205.

³⁵⁸ FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 153.

³⁵⁹ *Direito processual penal...*, p. 416.

invadido. Há mandados de busca expedidos para vasculhar toda uma comunidade (no mais das vezes, numa região humilde), a pretexto de “buscar coisas ilícitas”, o que revela uma amplitude e vagueza que afastam a legalidade da medida³⁶⁰.

Normalmente defendidos por autoridades públicas de persecução penal, estas argumentam que, sem os mandados genéricos não há como se penetrar em favelas legalmente, pois não se descobre quem é o proprietário ou morador, nem mesmo onde estão as coisas ilegais. Em recente decisão, *e.g.*, a juíza Angélica dos Santos Costa autorizou a realização de buscas domiciliares genéricas no bairro Cidade de Deus, situado na cidade do Rio de Janeiro, fundamentando a referida devassa em razão de uma suposta situação excepcional: “Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com o intuito de restabelecer a ordem pública”³⁶¹.

Também favorável à admissão dos mandados *erga omnes*, Donald Dripps chega a afirmar que os custos de se obter mandados individualizados, no sentido da perda de tempo para a atuação dos policiais, são suficientes para se demonstrar que há fundadas razões para a polícia realizar as buscas e autorizar a prática referida³⁶².

³⁶⁰ Um dos casos mais antigos relativo ao julgamento de mandados genéricos foi *Wilkes v. Wood* (1763), ocorrido na Inglaterra, o qual se revelou paradigma para a disciplina da busca e da apreensão posteriormente nos Estados Unidos, tendo influenciado a própria elaboração do texto da Quarta Emenda. Em tal caso, o Secretário de Estado Lorde Halifax tentou aplicar as sediciosas leis de difamação a John Wilkes e inúmeros outros críticos do Rei George III (sendo Wilkes um franco membro da Câmara dos Comuns), expedindo um mandado genérico sem qualquer identificação do sujeito passivo, apenas ordenando que se identificasse e realizasse buscas nas pessoas responsáveis pela publicação da edição 45 do jornal *The North Briton* (“O Bretão do Norte”). Wilkes processou o Secretário, o mandado genérico foi declarado nulo e vazio e um júri aplicou uma indenização de quatro mil libras a título de danos morais. Parcialmente numa reação a esses mandados genéricos e com medo de o novo governo americano exercer poderes semelhantes, os subscritores do *Bill of Rights* elaboraram a Quarta Emenda exigindo a especificidade nos mandados de busca, além de que essas sejam “razoáveis” (nesse sentido: TREPPEL, Samantha. *Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts*. Yale Journal of Law and Technology, Vol. 10, N. 1, 2008, pp. 123-124; e KAMISAR, Yale. *The Writings of John Barker Waite...*, p. 1856). No mesmo sentido, os seguintes julgados da Suprema Corte norte-americana ressaltam a origem da Quarta Emenda como relacionada ao combate aos mandados genéricos: *Payton v. New York* (1980), 445 U.S. 573, p. 583; *Stone v. Powell* (1976), 428 U.S. 465, p. 482; *Stanford v. Texas* (1965), 379 U.S. 476, p. 482; e *Boyd v. United States* (1886), 116 U.S. 616, pp. 624-25. Isto também porque, nos Estados Unidos colonial, ainda foram aplicados os chamados *writs of assistance* (“mandados de assistência”), formas especiais de mandados genéricos, os quais autorizavam autoridades de fiscalização britânicas a entrar em casas e lojas sem a presença da *probable cause* ou uma suspeita individualizada e buscar por mercadorias sem seus impostos quitados, como chá e açúcar. Esses mandados autorizavam as autoridades a comandar oficiais de paz e cidadãos a assistirem na execução do mandado. Tal prática resultou numa violenta oposição, a qual tomou forma nos tumultos contra o *Stamp Act*, em 1761 (TREPPEL, Samantha. *Digital Searches, General Warrants...*, p. 124). Nesse sentido, ver também: LOGAN, Wayne A. *An Exception Swallows a Rule: Police Authority To Search Incident to Arrest*. Yale Law & Policy Review. Vol. 19, N. 381, 2001, p. 382; e KAMISAR, Yale. *The Writings of John Barker Waite...*, p. 1852.

³⁶¹ TJRJ. Processo n. 0397891-81.2016.8.19.0001.

³⁶² DRIPPS, Donald. *Living with Leon...*, p. 926.

Richard Worf também se posiciona favoravelmente às buscas (e apreensões) genéricas, fazendo-o, todavia, com ressalvas e em um contexto diferente do que ocorre no Brasil quando da prática de tais atos. Primeiramente porque o autor parte do pressuposto de que haja lei (federal ou estadual) regulamentando a execução da busca e da apreensão genéricas, situação que ocorreu em alguns estados norte-americanos, mas que não se repete em âmbito nacional (pelo contrário, a nosso ver, tais medidas afrontam a legislação vigente).

A necessidade de prévia aprovação legislativa assegura que direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a segurança tenham sido sopesados em um processo aberto, deliberativo e representativo. Segundo Worf: “Quando agentes estatais embarcam em um programa independente de buscas genéricas, os tribunais não podem averiguar se o sopesamento acima foi respeitado” (*t.l.*)³⁶³.

Outro pressuposto citado pelo autor para a admissão desses mandados é que não haja uma excessiva discricionariedade dos agentes autorizadores e executores da medida. Uma lei, *e.g.*, poderia aprovar um programa estatal de realização de testes toxicológicos de forma generalizada, mas deixar os agentes estatais escolherem livremente como e quem testar. Nesse caso, a lei abdica de sua responsabilidade em fazer importantes escolhas valorativas, de modo que os policiais é que acabariam por decidir como executar as medidas e poderiam fazer decisões embasadas em razões arbitrárias e não relacionadas com os valores fundadores da autorização legislativa³⁶⁴.

³⁶³ WOLF, Richard, *The Case for Rational Basis Review...*, pp. 36-37. Em sentido contrário, Yale Kamisar entende inconstitucional qualquer tentativa legislativa de regulamentação de mandados genéricos. Ele até assume que, apesar de, em um primeiro momento, após *Wilkes v. Halifax*, tenha ficado expressamente aberta a possibilidade de mandados genéricos tornarem-se legítimos mediante previsão legal, o legislador da Quarta Emenda, posteriormente, redigiu-a justamente preocupado em coibir que a legislação os legitime. Para o autor, portanto, a proposta nem foi tão relacionada ao controle da atividade judiciária ou policial, motivo pelo qual não há previsão da *exclusionary rule* no texto da Quarta Emenda (*The Writings of John Barker Waite...*, pp. 1856-1857). No mesmo sentido já se expressou a Suprema Corte norte-americana: “Diplomas autorizando buscas desarrazoadas foram a principal preocupação dos Promulgadores da Quarta Emenda. Essa Corte tem citado repetidamente que reagir contra o antigo Ato do Parlamento autorizando buscas genéricas indiscriminadas por meio dos mandados de assistência... foi a força motora detrás da Quarta Emenda” (*t.l.*) (*Illinois v. Krull* (1987), 480 U.S. 340).

³⁶⁴ WOLF, Richard, *The Case for Rational Basis Review...*, p. 42. Mais preocupante ainda, segundo o autor, é que os policiais poderiam arbitrariamente selecionar minorias marginalizadas, pelo fato de estas não possuíram um *lobby* político relevante, apto a coibir a realização da medida. E conclui: “Então, quando um programa legislativo investe oficiais com discricionariedade, os tribunais possuem justificativa para conduzirem um sopesamento independente de custos e benefícios para que se tenha certeza que o programa está sendo executado de maneira razoável” (*t.l.*) (Idem, pp. 41-42). Exemplos de situações de buscas genéricas com excesso de discricionariedade: *Delaware v. Prouse* (1979), 440 U.S. 648; *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco* (1967), 387 U.S. 523; *United States v. Martinez-Fuerte* (1976), 428 U.S. 523; e *New York v. Burger* (1987), 482 U.S. 691.

Não se nega que a discricionariedade judiciária e policial é algo estritamente necessário, já que a lei não pode prever todas as situações futuras nem punir individualmente eventuais infratores. Mas, quando operada, tal discricionariedade deve estar sujeita aos controles de proporcionalidade e razoabilidade já estudados³⁶⁵. Como conclui Richard Worf: “Às leis deveria ser permitido delegar [discricionariedade] em uma extensão limitada a fazer seus programas [políticas públicas previstas em lei] funcionarem, mas também apenas quando as garantias apropriadas (...) forem respeitadas. Caso elas deleguem muito, aos tribunais caberá conduzir nova revisão e determinar se as decisões executivas são razoáveis em último caso” (*t.l.*)³⁶⁶.

A linha de argumentação dos magistrados que autorizam os mandados vagos é a de que, “sem mandados genéricos, muitas diligências são infrutíferas. Sem mandado algum, o abuso de autoridade prevalece”. Dessa forma, lembra Guilherme Nucci, verifica-se uma verdadeira “teatralização do processo penal”³⁶⁷.

Em posição intermediária, Antonio Scarance Fernandes sustenta a não admissão de autorizações genéricas, amplas, que possibilitem verdadeira devassa. Todavia, para o autor, é suficiente a delimitação do fato, mas sem a necessidade de minuciosa especificação, como, por exemplo, alusão à prática de tráfico de cocaína, à prática de contrabando, à atuação de quadrilha na região de São Paulo para prática de sequestro³⁶⁸.

Todavia, pensamos que a regra da especialidade da prova (ou vinculação causal), instituto regente de toda e qualquer busca e apreensão, aponta para a absoluta necessidade de ser expressamente consignado no mandado a atividade a ser exercida pela autoridade

³⁶⁵ O elemento da discricionariedade executiva da medida não estaria presente, todavia, no modelo ideal imaginado por Worf acerca de uma lei regulamentadora de uma busca genérica. Segundo o autor, essa lei deve dispor, *v.g.*, que se “pare cada décimo motorista que passar na rua X, número Y”. Nesse caso, não resta espaço para a decisão do policial: a lei fez um balanceamento das opções e as escolhas relevantes. A discricionariedade deveria estar presente em momento anterior. Como conclui o autor: “A lei poderia, por exemplo, permitir que o prefeito determinasse qual trecho de uma rodovia é mais propício ao tráfico de drogas e, logo, necessita de uma *blitz* policial para a busca de drogas; ou quais escolas possuem problemas com drogas que justificariam testes toxicológicos aleatórios, de acordo com alguma medida neutra e confiável passível de revisão pelos tribunais. Mas às leis não é permitido investir a um sem número de policiais na rua a discricionariedade de abordar determinados indivíduos” (*The Case for Rational Basis Review...*, p. 47).

³⁶⁶ *The Case for Rational Basis Review...*, p. 48.

³⁶⁷ *Provas no Processo Penal*. 3ª ed. São: Revista dos Tribunais, 2013, p. 241. No mesmo sentido, e estendendo a crítica aos demais procedimentos da persecução penal, frequentemente submissos à opinião pública, conclui Luís Carlos Valois: “O sistema penal, desde a atividade da polícia na rua até a execução da pena, parece um verdadeiro teatro de improviso, com *script*, porque há lei regendo todas as atividades, mas um *script* cada vez mais ignorado. Detenções e condenações vão se forjando como que naturalmente, ao embalo da opinião pública, legitimadas simplesmente por ela, a opinião pública, com a qual tudo é possível” (*O direito penal da guerra às drogas...*, p. 502).

³⁶⁸ *Processo penal constitucional...*, p. 109.

policial e o local onde se realizará³⁶⁹. O respeito à cláusula da especialidade configura verdadeira garantia processual negativa do investigado, inserindo-se na pretensão de evitar o desvio de finalidade e impedir a violação dos elementos do justo processo incidentes na produção de provas.

Explica Cleunice Pitombo que “a determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do motivo e os fins da diligência”³⁷⁰. Em outras palavras, nenhuma atividade de busca ou de apreensão pode ser realizada com finalidades e amplitude genéricas, vale dizer, sem que se defina no mandado o objeto e limites precisos de atuação³⁷¹.

Entendimento semelhante é o de Flávia Cristina Trevizan, que entende ser “Inadmissível, portanto, mandado de busca incerto, vago ou genérico, para evitar que a autoridade que o executa exceda a determinação judicial e, também, para que a pessoa submetida à medida ou as testemunhas do ato possam verificar se não estão sendo praticados

³⁶⁹ Nesse sentido: TAPIA, Juan Francisco. Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales o “causales”? In: *Revista de Derecho Penal*. Buenos Aires, n. 2, 2002, p. 673; ECHARRI CASI, Fermín Javier. Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales. In: *Revista del Poder Judicial*. Madrid, n. 69, 2003, p. 287; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, pp. 584 e ss. Observa Nereu Giacomolli que a especialidade da prova vem tratada em diversos diplomas internacionais, dentre os quais o artigo 12 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (Decreto n. 3.468/2000), o qual dispõe que: *salvo consentimento prévio do Estado requerido, o Estado requerente somente poderá empregar a informação ou a prova obtida, em virtude do presente Protocolo, na investigação ou procedimento indicado na solicitação*” (Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal..., pp. 65-66). No mesmo sentido: BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional...*, p. 181.

³⁷⁰ *A Desfuncionalização da Busca e da Apreensão*. Boletim do IBCCrim, n. 151, junho de 2005, p. 2. Também em: DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1410. No México foi, por certo tempo, institucionalizada a prática do mandado genérico, de modo que era operada com certa frequência a denominada *Pesquisa General*, em que os agentes de polícia judicial, do exército ou outros agentes do governo revistavam em determinadas vias todos os transeuntes, na tentativa de encontrarem vestígios de algum delito (SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal* (Coleção Textos Jurídicos Universitários). 2ª ed. México: Oxford University Press, 2001. p. 233). Como aponta Pedro Ivo Iokoi, essa prática ainda está bastante presente nas aduanas, onde se tenta descobrir contrabando e drogas; nos voos em busca de plantações de ervas destinadas à produção de drogas, nas inspeções fiscais, florestais, de embriaguez, etc. (A disciplina da prova no Código de Processo Penal mexicano. *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189).

³⁷¹ No mesmo sentido, observa Dinorá Adelaide Musetti Grotti que “parece irrecusável que o Poder Judiciário só poderá autorizar a penetração na casa através de determinação precisa, sempre motivada, para reforçar a garantia. Ademais, o juiz deverá se guiar por critérios de razoabilidade, de extrema cautela, para que não venha a agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente, de modo a cometer arbitrariedades ou abuso de poder” (*Inviolabilidade do domicílio na Constituição...*, p. 122). Também em: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...*, p. 417.

abusos”³⁷². Guilherme Nucci também conclui sugerindo que se siga exatamente o que dispõe o artigo 243 do CPP, “seja em favela ou no bairro mais nobre da cidade, até que se discuta o seu conteúdo, alterando-se a norma para *todos os brasileiros*. Expeçam-se mandados específicos e não mais genéricos, sob pena de abuso de autoridade. Não podemos mais cultivar dois *brasis*: o das leis formalmente aplicadas e o das leis materialmente aplicadas” (*g.a.*)³⁷³.

Lenio Luiz Streck, similarmente, apresenta duras críticas à expedição de tais ordens judiciais, chegando a associar tal conduta a uma usurpação do poder de legislar operada por parte dos magistrados, fenômeno que o autor denomina “atividades realistas-jurisprudencialistas”³⁷⁴.

Posição também contrária à admissibilidade dos mandados *erga omnes* tem sido esposada por nossa Suprema Corte. Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em *Habeas Corpus* de relatoria do Ministro Eros Grau: “de que vale declarar, a Constituição, que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo’ (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica ‘devassa’”³⁷⁵.

Em 2014, o Pretório Excelso reafirmou o entendimento acima adotado, quando da análise do cumprimento de busca e apreensão na sede do Banco Opportunity. Explicou o Ministro Celso de Mello que mandados de busca e apreensão não podem se revestir de conteúdo genérico, nem ser omissos quanto à indicação, a mais precisa possível – a teor do

³⁷² TREVIZAN, Flávia Cristina. *Conhecimentos fortuitos no processo penal: critérios de admissibilidade*. Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da USP. Orientação: José Raul Gavião de Almeida. São Paulo, 2013, p. 48.

³⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal...*, p. 241.

³⁷⁴ *Por que, contra a lei, juíza acha que pode autorizar revista coletiva?* In: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/senso-incomum-lei-juiza-acha-autorizar-revista-coletiva>. O autor explica o porquê da expressão: “Ele mostra — numa denúncia mais filosófica que aquela famosa de Ingeborg Maus (sobre o Tribunal Constitucional como superego da nação) — que o tribunal incorporou uma tese segundo a qual o Direito se forma apenas *ex post*, isto é, não há Direito anterior à decisão judicial. Nesse tipo de jurisprudencialismo, diz o professor, o juiz cria o Direito para o caso concreto sem estar vinculado a nada antes dele. Jestaedt diz ainda que esse atuar é uma forma de realismo jurídico. Empirismo” (Idem).

³⁷⁵ STF – HC 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, j.06.11.2008.

artigo 243 do Código de Processo Penal – do local objeto dessa medida extraordinária. Nas palavras conclusivas do citado Ministro: “Medidas que contrariam os comandos constitucionais e revelam-se inaceitáveis não podem merecer a chancela do STF, sob pena de subversão dos postulados constitucionais que definem limites inultrapassáveis do poder do Estado em suas relações com os cidadãos”³⁷⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, na Apelação nº 0008453-35.2012, absolveu um advogado condenado em primeira instância por tráfico e posse ilegal de arma, pelo fato de o mandado ter sido direcionado apenas ao estagiário do escritório, de modo que a busca deveria se restringir aos pertences do mesmo, num claro reconhecimento do princípio da especialidade da prova. O fato de a busca ter sido executada em todo o escritório originou um desvio da vinculação causal da busca efetuada com o mandado³⁷⁷.

O PLS 156/2009 pouco inovou na questão referente ao conteúdo do mandado, limitando-se a uma quase repetição do texto do atual Código de Processo Penal. Em seu artigo 234, inciso I, dispõe o “Novo CPP” que: “O mandado de busca será fundamentado e deverá: I – indicar, o mais precisamente possível, o local em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem”. Como mencionado em capítulos anteriores, houve a inclusão da expressão “fundamentado” no *caput* e a substituição da palavra “casa” pela palavra “local”.

³⁷⁶ STF – HC 106.566. Rel. Min. Gilmar Mendes. No caso em questão, no dia 27 de outubro de 2004, policiais federais cumpriam mandado de busca e apreensão expedido pelo Juiz da 5ª. Vara Federal Criminal de São Paulo no endereço profissional de Daniel Dantas, localizado no 28º. Andar de um edifício comercial no centro do Rio de Janeiro. Ao serem informados que a sede do Banco Opportunity ficava no 3º andar do mesmo prédio, os policiais comunicaram o ocorrido ao Juiz substituto, que autorizou, por meio de ofício sem maiores detalhes, o espelhamento do disco rígido do servidor da instituição financeira. Segundo o Relator, o Ministro Gilmar Mendes, “As provas obtidas pela busca e apreensão no terceiro andar do edifício da avenida Presidente Wilson, 231, no Rio de Janeiro, foram ilicitamente adquiridas, a meu ver, porque a diligência contrariou a regra constitucional de inviolabilidade de domicílio do artigo 5º, XI, da Constituição”.

³⁷⁷ TJSP – Apelação n. 0008453-35.2012. Relator Designado Francisco Bruno. 10ª Câmara de Direito Criminal. DJ 30.04.2015. Neste caso, foi reconhecida também a nulidade do procedimento pela violação do direito constitucional do sigilo das profissões. Do voto do Relator: “a garantia constitucional em questão, para que possa ser chamada, com seriedade, de ‘garantia’, tem de ser interpretada restritivamente: como é possível admitir, sem a descaracterizar totalmente e até mesmo para satisfazer as exigências do art. 243 do Código de Processo Penal, que, expedida para busca relacionada com estagiário de escritório de advocacia, valha para todas as mesas e arquivos ali existentes? Imagine-se, para que fique bem caracterizado o absurdo, um mando de busca, expedido pela autoridade competente, para busca e apreensão do revólver com um assessor de Desembargador, ou de Ministro de Corte Superior. Isso daria à autoridade policial legitimidade para revistar a mesa de trabalho do próprio Desembargador, ou do Ministro? É óbvio, a meu ver, que não; de tal sorte, parece igualmente claro que, nestes autos, foi extrapolado o linde constitucionalmente permitido pela ordem judicial”.

Note-se, portanto, que ambos os textos legais, tanto do CPP atual quanto do PLS 156/2009, são bastante claros ao exigirem a “indicação mais precisa possível” do local de execução da medida.

a) Mandados genéricos e suas impressões em ordens jurídicas estrangeiras.

Historicamente, a expedição de mandados vagos ou genéricos tem sido rechaçada pela doutrina e jurisprudência internacionais, motivo pelo qual não se compreende a tentativa de legitimá-los nos dias atuais em nossa ordem jurídica.

No Direito Português, já em 1915, Manuel de Almeida e Sousa apontava os requisitos para o legítimo procedimento da busca e da apreensão, quais eram: “1) devem fazer-se por autoridade judicial com assistência de oficiais de justiça; e não só pelos que se dizem roubados; 2) o juiz requerido assim deve decretá-los; mas antes que os decrete deve informar-se da qualidade, e conduta do requerente se é consciencioso; se teria os bens que diz roubado; se é inimigo do imputado; se contra este há indícios do furto contra a pessoa em cuja casa se requer o varejamento; 3) *que se faça só nessa casa, e não (o que é abuso) em todas as do bairro*; 4) os bens que se acharem se descrevam com seus sinais, e se depositem até a sua identificação”³⁷⁸ (*g.n.*).

Na Itália, Vincenzo Manzini ensinava que não é possível se autorizar e executar uma busca sem que se defina seu sujeito passivo e o crime que se investiga, os quais devem estar devidamente determinados na ordem judicial³⁷⁹. A respeito do tema, Paola Felicioni aponta três correntes na ordem jurídica italiana, referentes tanto ao sujeito passivo quanto à determinação do objeto buscado.

Uma primeira opinião é pela admissão da fundamentação de um mandado de busca com base na fórmula para se buscar “tudo quanto for relevante aos fins investigativos”, em razão da possibilidade de, naquele momento processual ou pré-processual, não ser possível individualizar as coisas a serem objeto da atividade persecutória. Mesmo para esta

³⁷⁸ SOUSA, Manuel de Almeida e. (de Lobão). *Casas: tratado histórico, enciclopédico, crítico e prático sobre direitos e questões em matéria criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1915, p. 315-316.

³⁷⁹ Nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 699.

corrente, todavia, deve ser determinado o local ou a pessoa que sofrerá a medida coercitiva³⁸⁰.

Com um viés de evitar o uso impróprio da busca como meio de se obter a *notitia criminis*, uma segunda interpretação, que a autora aponta como encabeçada por L. Iannone, reputa necessária a prévia individualização e indicação específica do objeto a ser procurado.

Por fim, Felicioni filia-se a uma posição intermediária acerca do tema, segundo a qual é indispensável que, na motivação, ao menos sejam indicados os objetos a serem procurados, ainda que não possa ser obtida uma descrição detalhada, e desde que dedutíveis da hipótese formulada pela acusação, na estrita medida da natureza e da fase da investigação em curso³⁸¹.

Na Espanha, observa Jacobo Quiroga que o artigo 558 da respectiva LECrim afasta essa possibilidade de mandados genéricos, ao exigir do magistrado uma fundamentação pontual da medida quanto aos seus motivos e sujeitos passivos, além de que se indique o local específico em que se dará a busca domiciliar autorizada³⁸².

Reafirmando o referido texto legal, já decidiu o Supremo Tribunal espanhol, que: “a autorização judicial para a entrada em determinado domicílio se restringe ao local ou sua dependência expressamente determinado no mandado, sem que possa ser ampliado ou estendido a outros domicílios distintos, ainda que sejam próximos àquele especificado” (*t.l.*)³⁸³.

Nos Estados Unidos, as exigências de “razoabilidade” e “particularidade” previstas na Quarta Emenda para que se autorize a realização de uma busca domiciliar inclinam parte da doutrina e da jurisprudência a também rechaçarem a ideia dos mandados genéricos.

Todas as buscas (e respectivas apreensões) devem ser razoáveis. Este ponto é fundamental para a autorização de uma busca. Akhil Reed Amar inclusive sustenta que não

³⁸⁰ FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 161. A autora aponta como expoente dessa corrente o autor U. Nannucci.

³⁸¹ FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 161-162.

³⁸² *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1220.

³⁸³ STS de 23 de abril de 2003 (RJ 1993, 3181). Cabe lembrar que, apesar desta decisão, o mesmo tribunal já aceitou uma identificação do local por meio de fotografias aéreas, e não por um endereço registrado, desde que houvesse determinação da área (STS de 5 de julho de 1993 – RJ 1993, 5872).

é a exigência do prévio mandado ou da causa provável a pedra fundamental da Quarta Emenda, mas sim a *reasonableness* (razoabilidade) da medida³⁸⁴.

Uma busca, para ser considerada razoável, deve preencher variados requisitos. Primeiramente, uma busca razoável deve revelar proporcionalidade para legitimar a intrusão estatal: quanto mais invasiva a medida, maior a justificação exigida, na esteira do exame da regra da proporcionalidade que fizemos no item 2.1.

Nessa seara, entende Eve B. Primus que a Quarta Emenda consagra três valores básicos regentes da busca: i) as buscas têm que ser justificadas depois de feito um sopesamento entre a importância do interesse governamental naquele caso e o grau invasivo da medida sobre os indivíduos; ii) eventual dispensa da averiguação prévia de uma fundada suspeita individual tem que estar necessariamente restrita aos casos em que comprovadamente aumentará a chance de consecução do interesse estatal almejado e, mais do que isso, consistentemente fundamentada; iii) e, por fim, as buscas têm de ser regulamentadas de maneira a limitar a discricionariedade dos agentes estatais³⁸⁵.

Essa razoabilidade deve ainda focar não apenas no respeito à privacidade e à intimidade do indivíduo, mas também à integridade física e à dignidade da pessoa humana, como abordamos nos itens 2.2.1 e 2.2.2 desta dissertação. Nesse sentido: “Policiais agem de maneira não razoável não apenas quando eles revistam meus bolsos sem uma boa razão, mas também quando me espancam por diversão ou brincam comigo por esporte” (*t.l.*)³⁸⁶.

A “particularidade”, ou especificidade (expressada como *particularly describing* no texto da Quarta Emenda), como dito, também impõe o afastamento dessa ideia simpática aos mandados genéricos. O texto constitucional, segundo Steven B. Duke, exige que a expedição de um mandado esteja condicionada à prévia demonstração de que um crime específico foi cometido, que instrumentos específicos daquele crime existem e podem ser buscados, e, por fim, que este material está localizado em local certo e determinado³⁸⁷.

Desenvolveu-se na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a denominada *closed container rule* (“regra do compartimento fechado”), notadamente após

³⁸⁴ *Terry and Fourth Amendment First Principles*..., p. 1098.

³⁸⁵ *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine*..., p. 64.

³⁸⁶ AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles*..., p. 1098.

³⁸⁷ DUKE, Steven B. *Making Leon Worse*..., p. 1410. Akhil Amar, por sua vez, rechaça a noção da particularidade como determinante na autorização de uma busca (ver: *Terry and Fourth Amendment First Principles*..., pp. 1099-1100).

United States v. Chadwick (1977). Essa regra reforça o caráter restritivo da busca, de modo que os tribunais passaram a limitar seu objeto, impedindo que a medida tenha sua execução ampliada demasiadamente, por permitirem que a busca só se realize naqueles compartimentos fechados que razoavelmente possam abrigar os itens descritos no mandado³⁸⁸. No caso mencionado, também decidiu a Suprema Corte que, embora os agentes policiais possam apreender um *container* caso haja *probable cause* no caso concreto, eles só poderão abri-lo (realizando uma busca em seu interior) caso obtenham um mandado judicial direcionado àquele objeto³⁸⁹.

Não concordamos com a linha argumentativa pela admissibilidade desses mandados genéricos. Entendemos também que não poderá haver indefinição quanto ao objeto a ser procurado (por exemplo, apreensão de armas, localização de drogas, obtenção de documentos, objetos receptados, etc.), ao qual estará cingido o exequente da busca. Nesse sentido, ao analisar a questão na ordem jurídica alemã, afirma Claus Roxin que o mandado de busca deve permitir conhecer a razão pela qual os objetos a serem apreendidos possam ser importantes para a prova e qual alcance deve ter a apreensão, de modo que “*a ordem global de apreensão de todos os objetos encontrados atenta contra o art. 2, I, GG, em sua relação com o princípio do Estado de Direito (BverfG NStZ 92, 91)*” (*t.l.*) (*g.n.*)³⁹⁰.

Diversamente, a descoberta casual de objetos não relacionados no mandado de busca poderá ou não autorizar sua respectiva apreensão, a depender de critérios que serão analisados em capítulo posterior desta dissertação (v. item 5.3.).

b) Buscas administrativas e mandados genéricos.

No âmbito das chamadas “buscas administrativas”, os tribunais norte-americanos têm admitido a perpetração das chamadas *dragnets* (ao pé da letra, “arrastão”).

³⁸⁸ Nesse sentido: ELDEFONSO, Edward; COFFEY, Alan R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement...*, p. 65; TREPEL, Samantha. *Digital Searches, General Warrants...*, p. 125; STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, pp. 49-50.

³⁸⁹ *United States v. Chadwick* (1977) 433 U.S. 1. Também aplicando a *closed container rule*: *United States v. Ross* (1982) 456 U.S. 798, pp. 822-824; *California v. Carney* (1985) 471 U.S. 386, pp. 390-395; *Carey v. United States* (10th Cir. 1999), 172 F.3d 1268; e *United States v. Campos* (10th Cir. 2000), 221 F.3d 1143, p. 1148. Lembra David E. Steinberg que a Suprema Corte norte-americana considera *container* “qualquer objeto capaz de abrigar outro objeto”, incluindo malas, bolsas e sacolas não transparentes (*Restoring the Fourth Amendment...*, p. 49).

³⁹⁰ *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 300.

Busca administrativa, cabe observar, é aquela medida quase rotineira efetuada pelos agentes públicos, constituindo-se numa busca sem a *probable cause* ou mandado prévio, como, por exemplo, as *special subpopulation searches* (“buscas em subpopulações especiais”, semelhantes às “revistas pessoais” praticadas em nossa ordem jurídica) e as mencionadas *dragnets*. Qualquer pessoa que já foi parada em uma *blitz* policial para a realização de teste do bafômetro, passou por uma máquina de raio-X em um aeroporto ou realizou exame toxicológico para ser admitido em um emprego público já se submeteu a uma “busca administrativa”³⁹¹.

As *dragnets*, especificamente, são inspeções rotineiras feitas pelo Estado em domicílios particulares, na busca por violações à política urbanística ou em situações de potencial perigo à saúde pública. Por possuírem um caráter superficial, sem vasculhar gavetas, cofres e outros compartimentos íntimos dos moradores, e, portanto, serem em tese menos invasivas da privacidade dos sujeitos passivos, entendeu a Suprema Corte norte-americana tratar-se de prática que deve ser tolerada por aqueles afetados. Ademais, “porque as inspeções não são pessoais por natureza, nem são direcionadas para a descoberta de delitos, elas envolvem uma invasão relativamente limitada da privacidade dos cidadãos urbanos”³⁹².

Nesses casos, não se exige um mandado individualizado. Basta ser elaborado um mandado que autorize a realização de buscas nas casas de uma determinada área, desde que

³⁹¹ Nesse sentido: WOLF, Richard. *The case for national basis review...*, p. 2; PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, p. 62. Justificando a possibilidade de buscas administrativas, explica Akhil Reed Amar: “Detectores de metais em aeroportos e tribunais, por exemplo, são constitucionalmente razoáveis quando consideramos todas as circunstâncias envolvidas – eles são relativamente não intrusivos e não humilhantes, justificados por questões de segurança e utilizados de maneira igualitária a todos os cidadãos” (*t.l.*) (*Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1104). No mesmo sentido, exemplifica Richard Wolf: “Detectores em aeroportos e metrô são meios essenciais de se prevenir potenciais ataques terroristas desastrosos. Testes toxicológicos aleatórios ajudam a preservar a integridade de locais de trabalho e escolas. Buscas administrativas em locais de trabalho asseguram que o empreendimento está de acordo com as normas de segurança” (*t.l.*) (*The case for national basis review...*, p. 2). Em sentido semelhante: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, pp. 707-708. Cite-se também o debate no Supremo Tribunal espanhol acerca do consentimento prestado para a realização de revista pessoal em locais em que é notória a sua necessidade para a entrada. A ré do caso concreto foi submetida a uma busca pessoal para que pudesse ingressar em um presídio de Valência, sem que fosse advertida pela funcionária de que a busca seria realizada, tendo, então, sido encontrada certa quantidade de droga com a ré. Alegou a defesa que não teria havido consentimento para a realização dessa busca, de modo que esta teria sido uma coação e, logo, invalidaria a medida. Ao que decidiu o tribunal: “quem se apresenta em um lugar em que se deve cumprir certos requisitos de segurança, presta seu consentimento voluntariamente a respeito dos requisitos que condicionam a entrada. A falta de aviso por parte da funcionária, alegada pela defesa, não retira do consentimento prestado a sua voluntariedade” (*t.l.*) (STS de 28 de junho de 1991 – RJ 1991, 4839).

³⁹² *Camara v. Municipal Court* (1967), 387 U.S. 523.

haja a *probable cause* de que naquela área possa haver residências que violem as leis urbanísticas ou possam expor a perigos a saúde pública³⁹³.

De início, os tribunais reconheceram formas de se fiscalizar e impedir arbitrariedades quando da execução das *dragnets*. Todavia, um posterior (e indevido) entrelaçamento entre os conceitos de *dragnets* e *special subpopulation searches* (pelo fato de ambas se inserirem no gênero das “buscas administrativas”) acabou por minar a proteção inicialmente construída, autorizando verdadeiras devassas desproporcionais perpetradas pelos agentes públicos. Isto porque os institutos são antagônicos em aspectos fulcrais: primeiramente, as *dragnets* envolvem entradas em domicílios de populações inteiras, sabendo-se que, em muitos deles, nada será encontrado; já as *special subpopulation searches* são direcionadas a indivíduos específicos. Por outro lado, as *dragnets* são buscas domiciliares superficiais (por exemplo, no quintal de uma residência), enquanto as *special subpopulation searches* revelam-se bastante intrusivas.

No âmbito das *dragnets*, Eve B. Primus entende que os tribunais deveriam se perguntar, antes de autoriza-las, se o governo tem tomado medidas para efetivamente limitar a discricionariedade dos agentes estatais quando estes promovem as buscas, de modo a evitar invasões arbitrárias, discriminatórias e/ou vexatórias. Ademais, deveriam os tribunais considerar as *dragnets* um método de investigação desfavorável, completamente subsidiário, permitido apenas quando uma suspeita individualizada não possa ser constatada, sob pena de ser desarrazoada (*unreasonable*) e, portanto, inconstitucional. E conclui: “Um mundo em que o Estado rotineiramente promove buscas contra todas as pessoas não é um governo com qualquer respeito significativo pela privacidade, nem é um governo onde a privacidade pode ser restaurada corrigindo algumas das mais visíveis ou questionáveis invasões”³⁹⁴.

4.2.1.2. Fundamentação idônea da medida.

Para que seja legítimo o cumprimento do mandado de busca, tanto domiciliar como pessoal, exige-se uma idônea fundamentação por parte da autoridade judiciária que o

³⁹³ Nesse sentido: PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, p. 63.

³⁹⁴ *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, pp. 71-72. Trataremos com maiores detalhes das *special subpopulation searches* no item 4.3.1, *infra*.

expede e autoriza a medida, que se revela na motivação. Esta é requisito essencial da busca, uma vez que torna possível o controle dos pressupostos que a legitimam. Trata-se, então, da razão ou razões que levaram ao deferimento da medida, ao juízo de admissibilidade positivo, e, em especial, a identificação do crime que é objeto da investigação e sua relação com o local ou com a pessoa que sofrerá a busca³⁹⁵.

Mandados com fundamentação deficiente sempre foram alvos de duras críticas da doutrina e de reformas pelos tribunais, devendo ser estendidas a tais instrumentos as considerações acerca dos vícios e artifícios da motivação tratados no item 3.3.3 desta dissertação. A título exemplificativo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “ausente qualquer fundamentação na decisão que decretou a busca e a apreensão, determinando-se simplesmente a ‘expedição do mandado solicitado’, é de reconhecer a ilicitude da prova produzida com a medida”³⁹⁶.

No caso da busca domiciliar, dispõe o artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal que: “proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:” (e seguem as alíneas “a” a “h”).

Mais do que a simples suspeita, a expressão “fundadas razões” traz a convicção fundada de que, através da providência excepcional da busca, será possível obter elementos materiais úteis ao esclarecimento dos fatos. No dicionário Houaiss, ao verbete *fundado* corresponde a seguinte definição: “algo apoiado ou firmado em motivos fortes, seguros; fundamentado, justificado, motivado”³⁹⁷. E este deveria efetivamente ser o ponto de partida sequer para começar a se analisar as razões (ou suspeitas) do decreto judicial em qualquer dos casos de busca.

³⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 277. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, p. 300; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 660. Como observa Paola Felicioni, “uma medida que não contenha a motivação relativa à restrição de uma liberdade constitucional, tornando impossível uma resposta sobre o atendimento dos pressupostos de legitimidade da busca, é ilegítima por não obedecer aos preceitos constitucionais” (*t.l.*) (Le ispezioni e le perquisizioni..., p. 152).

³⁹⁶ STJ – HC 51.586/PE. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. DJ 05.05.2008. A fim de reforçar esse dever do magistrado, o texto do PLS 156/2009 prevê expressamente que o mandado seja fundamentado, já no *caput* de seu artigo 234, aos dispor que “O mandado de busca será fundamentado e deverá.” (e seguem os incisos). Diversamente, o Código de Processo Penal vigente apenas dispõe que “O mandado de busca deverá” (e seguem os incisos). Trata-se de uma das poucas mudanças que sofreram os requisitos do mandado de busca no texto do “Novo CPP”, reforçando a importância que deve ser dada ao instituto em análise.

³⁹⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

Nesse sentido, ensina Hélio Tornaghi que fundadas razões são as que se estribam em indícios de que a pessoa ou coisa procurada se encontram na casa em que a busca deve ser feita. Por tudo isso, quem houver de contrastar a legitimidade da ação da autoridade deve colocar-se na situação e no tempo em que aquela decidiu dar a busca. Seria errado afirmar a inexistência de fundadas razões situando-se na posição de quem já conhece e pode ponderar o que só depois veio a ser sabido³⁹⁸.

Quando da análise dos *standards* probatórios no item 3.5.1, associamos as fundadas razões como um critério de decisão próximo da chamada “prova clara e convincente”. Mais que exigir um mero juízo do “mais provável do que não”, este *standard* demanda uma alta probabilidade de que a hipótese acusatória elaborada seja verdadeira. Requer-se, portanto, para que considere-se constatadas as fundadas razões, como o faz exemplificativamente Gustavo Badaró, que haja um “percentual de 75% de chance de que o acusado seja o autor do delito”³⁹⁹.

A *clear and convincig evidence* também foi associada ao recebimento da denúncia no referido item. A adoção do mesmo critério de decisão para esse recebimento e para a autorização da busca domiciliar impõe que o lastro probatório colhido na investigação seja, para uma legítima admissão da busca domiciliar, o suficiente para que também haja justa causa da ação penal⁴⁰⁰.

Se fizermos uma análise com base nos *standards* apresentados por Gascón Abellán, restarão como possíveis de serem aplicados apenas os *standards* probatórios de número 5 e 6 apresentados. Primeiro porque as três primeiras combinações a serem feitas entre “Hi” e “Hc”, como já mencionado, trabalham com uma confirmação débil da hipótese acusatória (Hc-0,5), situação incompatível com um critério exigente como o das “fundadas razões”.

Consequentemente, ainda que associemos as fundadas razões ao *standard* probatório número 4 (SP4), critério menos exigente dentre os três restantes, devemos estar

³⁹⁸ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal...*, p. 199. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 371.

³⁹⁹ *Processo Penal*, p. 299.

⁴⁰⁰ No mesmo sentido: DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1412; ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence...*, p. 54. Para maiores detalhes acerca da justa causa para a ação penal, v. item 3.5.1.

diante de uma confirmação sólida da hipótese de condenação (Hc-1)⁴⁰¹. Quer dizer, a fundamentação do mandado de busca domiciliar deverá apontar a presença de elementos de prova cuja existência só possa ser explicada em seu conjunto se a hipótese acusatória for verdadeira. Para tanto, valer-se-á o magistrado dos argumentos de confirmação, os quais são apresentados através de um raciocínio lógico-indutivo⁴⁰². Esses argumentos, lembramos, aumentarão ou diminuirão a dita solidez da hipótese de condenação segundo os seguintes elementos: o fundamento cognoscitivo das leis causais que conectam as provas com a hipótese; a solidez epistemológica (ou grau de certeza) das provas que a confirmam; o número de passos inferenciais que separam as provas da hipótese; a quantidade de provas ou confirmações; e a variedade de provas ou confirmações.

Contudo, admite-se, para a satisfação do SP4, a presença de elementos de prova que confirmem (ainda que solidamente) a hipótese de inocência (Hi-1). A nosso ver, a presença de Hi-1 acabaria por inviabilizar a autorização de uma busca domiciliar. Poderia se argumentar que a presença de elementos constituintes da hipótese de inocência influiriam tão somente no desfecho da ação penal, seja para fundamentar uma sentença ao final de regular instrução, seja para embasar uma absolvição sumária. Todavia, diante de uma confirmação sólida da hipótese de inocência, caso a medida tenha sido requerida em um momento processual que ainda não lhe caiba a resolução do mérito da ação penal, como, por exemplo, na fase de investigação, deverá o juiz abster-se de autorizar atos restritivos de direitos fundamentais como a busca domiciliar, respeitando-se, dessa forma, o caráter de excepcionalidade da medida e também a regra da proporcionalidade, já que não restaria atendido o requisito da necessidade⁴⁰³.

Os *standards* probatórios de números 5 e 6 (SP5 e SP6, respectivamente), por sua vez, seriam aptos a embasar um juízo de admissibilidade positivo da busca domiciliar. A confirmação sólida da hipótese de condenação, somada à ausência sequer de uma confirmação débil da hipótese de inocência (SP6), indica a presença de fundadas razões para se admitir uma busca domiciliar que se revele necessária, adequada e proporcional em

⁴⁰¹ Nesse sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 136. Lembrando que a fórmula do SP4 apresentada é: Hc-1 (exigido) e Hi-1 (tolerado).

⁴⁰² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 126.

⁴⁰³ Em que pese o posicionamento em sentido contrário dos órgãos do Ministério Público, entendemos que, sendo clara a desnecessidade em se continuar a investigação, seria o caso, inclusive, de o juiz arquivar de ofício o Inquérito Policial instaurado. De maneira semelhante, já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Correição Parcial nº 2194554-13.2014.8.26.0000. No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 283.

sentido estrito. Como já mencionamos, o SP6 é *standard* probatório compatível com a condenação definitiva do acusado, a qual, em um paralelo com o inicialmente exposto neste capítulo acerca dos *standards* probatórios, demanda “prova além da dúvida razoável”, critério mais exigente que a “prova clara e convincente”.

Pelo SP5, exige-se que não existam provas que confirmem solidamente uma hipótese de inocência, mas tolera-se a condenação ainda que presentes provas que debilmente a confirmem. Uma vez que as fundadas razões não se equiparam à presença de elementos de prova além da dúvida razoável, poderá ser admitida a busca domiciliar caso presentes elementos que sejam compatíveis com a hipótese de inocência, sob condição de, outrossim, haja elementos cuja existência só possa ser explicada em seu conjunto se a hipótese acusatória for verdadeira.

A doutrina e os tribunais estrangeiros também têm se debruçado sobre a problemática dos critérios de decisão adotados em suas respectivas legislações para que se admita a realização de uma busca domiciliar.

Na Espanha, decidiu o Supremo Tribunal espanhol que a motivação de um mandado de busca domiciliar “exige que se explicitem as razões fáticas e jurídicas que a sustentam, de sorte que não existirá motivação suficiente se, no mandado judicial que autoriza a busca domiciliar... não constarem os fatos objetivos que possam ser considerados indícios da existência do delito e da conexão do imputado com o mesmo” (*t.l.*)⁴⁰⁴. Parte da doutrina espanhola ainda acrescenta que nessa motivação deverá o magistrado exteriorizar, além os indícios que justifiquem sua adoção, a ocorrência concomitante dos requisitos constitutivos da aplicação regra da proporcionalidade⁴⁰⁵, na esteira do exposto no item 2.1 desta dissertação.

O *fondato motivo* do direito italiano (comum a todas as hipóteses de *perquisizioni* previstas no art. 247, § 1º, do CPP italiano) e a *probable cause* do direito norte-americano são *standards* probatórios que Ada Pellegrini Grinover entende se aproximarem e servirem de norte para o desenvolvimento da noção e conteúdo das “fundadas razões” previstas em nosso CPP⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ STS de 21 de dezembro de 2001.

⁴⁰⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 353.

⁴⁰⁶ *Provas ilícitas...*, p. 659.

Na Itália, a autorização da busca só de dará quando houver fundado motivo para se acreditar que com alguma pessoa ou em determinados lugares se encontre o corpo do delito ou coisas pertinentes ao delito. Assim, para que haja esse *fondato motivo*, revela-se essencial a indicação das razões pelas quais se “acredita” (não bastando a simples “suspeita”) que a coisa procurada será encontrada no local em que se realizará a busca. Frise-se que o CPP italiano exige situação que revele circunstâncias mais concretas, uma vez que houve alteração legislativa, do Código Rocco para o atual Código de Processo Penal italiano, para expressamente substituir o verbo *sospettare* (“suspeitar”) pelo verbo *ritenere* (“considerar” ou “acreditar”).

Essa mudança terminológica, lembra Paola Felicioni, demonstra claramente a intenção do legislador em dispor que a busca somente ocorrerá quando presentes, ao menos, indícios concretos, não bastando, como dito, a mera suspeita⁴⁰⁷.

Embasados nesse referencial de maior concretude do *fondato motivo*, os doutrinadores italianos se dividem entre a adoção de critérios objetivos ou subjetivos para se definir situações reveladoras ou não do *fondato motivo* autorizador da busca.

Uma primeira corrente, baseada em critérios subjetivos, entende que o *fondato motivo* já deveria estar presente no momento de realização da busca, mas será suficiente para legitimar a medida a mera convicção pessoal do juiz que a determina, ainda que a busca não tenha êxito⁴⁰⁸.

Outra corrente entende que o motivo só será *fondato* quando repousar em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. Não basta ser possível que o objeto

⁴⁰⁷ A autora menciona que a Suprema Corte italiana também acolheu tal interpretação, afirmando que a autoridade judiciária deve motivar o mandado de busca “embasada em indícios consistentes que convirjam a acreditar na probabilidade de o objeto que se procura se encontre com a pessoa que sofrerá a busca ou no lugar em que o ato em questão ocorrerá” (*t.l.*) (FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 156). Com entendimento diverso, cabe registrar a posição de Giulio Ubertis acerca dessa alteração legislativa, segundo o qual não há diferença qualitativa entre suspeita e indício, uma vez que em ambos a inferência que conduz do elemento ao resultado da prova não é univocamente determinada. O autor critica, ainda, os significados formulados de “*sospetto*” (que a doutrina encara ora como um fenômeno subjetivo, ora como um “indício menor”), pois ambos acabam por criar “no mundo das normas” até mais equívocos do que aqueles já presentes no “mundo dos fatos”. Para o doutrinador italiano, “a distinção é, se houver, quantitativa, porque ambos os instrumentos epistemológicos conduzem a uma conclusão incerta” (*t.l.*) (*La prova penale: lessico e struttura*. In: *Argomenti di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 112-113). O autor apresenta raciocínio semelhante em: *Lessico e struttura della prova penale*. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_14.pdf.

⁴⁰⁸ Nas palavras de Paola Felicioni: “Segundo uma primeira corrente, a fundamentação, embasada em critério subjetivos, deve se voltar ao momento em que a busca é determinada, de modo que, para assegurar a legitimidade do meio de obtenção de prova, seria suficiente, mesmo no caso de desfecho negativo, a mera convicção pessoal da autoridade judiciária que a determinou” (*t.l.*) (*Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 154).

procurado se encontre com alguém ou em algum lugar, mas provável. Para tanto, a legitimidade da busca autorizada fica condicionada à existência de indícios denominados “verdadeiros e próprios” (*veri e propri*), que podem ser qualificados por qualquer pessoa como suficientes para a autorização⁴⁰⁹. Segundo Felicioni, essa interpretação merece credibilidade não apenas por ser condizente com o texto legal, mas, sobretudo, porque a limitação de uma liberdade individual pela autoridade judiciária só poderá ocorrer legitimamente se existentes reconhecidos elementos de prova direta ou indireta a formarem uma base para a medida⁴¹⁰.

Alerta Vincenzo Manzini, a título conclusivo, que “o ‘fundado’ do motivo implica, naturalmente, uma apreciação discricionária de quem for competente para executar a busca; mas, como é possível o abuso ou excesso de poder também a respeito daquilo que é discricionário, se o motivo da busca se mostrar manifestamente infundado no momento em que se decidiu pela prática da busca (e não apenas tomando-se por referência eventual resultado negativo), quem a levou a cabo abusivamente responderá criminalmente [seja policial, magistrado ou, ainda, no caso italiano, o membro do Ministério Público]” (*t.l.*)⁴¹¹.

Raciocínio semelhante, e ainda mais restritivo da atividade dos agentes estatais (tanto dos agentes policiais como do próprio juiz), é desenvolvido no direito norte-americano. Na visão de Edward Eldefonso e Alan R. Coffey, a *probable cause* exigida para a expedição de um mandado de busca é um *standard* probatório que chega a demandar nível de convencimento idêntico ao de um mandado de prisão. Para os autores, são necessários motivos razoáveis (*reasonable ground*) ou uma suspeita (*suspicion*) apoiada por circunstâncias suficientemente fortes em si mesmas para justificar que um homem cauteloso acredite que o acusado seja culpado.

Primeiramente, cabe lembrar que a questão da *probable cause* (também conhecida como *reasonable cause to believe* ou, ainda, como *probable grounds of suspicion*)

⁴⁰⁹ Nesse sentido: TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 285; FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 155; CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 104. Nas palavras de Cordero: “[a busca] não pode ser utilizada como um instrumento cego de uma operação intencionada a procurar um suspeito de um delito imaginário. Também não é suficiente a mera possibilidade que ‘coisas relacionadas ao crime’ se encontrem com uma pessoa ou em determinado lugar; a norma exige que a suposição seja endossada por ‘fundados motivos’ e, portanto, resolva-se em um juízo de probabilidade” (*t.l.*) (Idem, p. 105). Os autores, todavia, não trabalham diretamente com o significado das expressões “verdadeiro” e “próprio”, apenas entendendo-se tratar de situações mais concretas e de fácil constatação.

⁴¹⁰ *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 157.

⁴¹¹ *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 702.

suscitou entendimentos divergentes dentro da Suprema Corte norte-americana por um longo período. Num primeiro momento, sua aferição levava em conta o padrão de um “homem cauteloso”, quer dizer, a Corte definiu *probable cause* como “uma base razoável de suspeita, apoiada por circunstâncias suficientemente fortes em si mesmas para justificar que um homem cauteloso acredite que a parte é culpada pela ofensa que lhe é imputada” (*t.l.*).

Posteriormente, a mesma Suprema Corte passou a enxergar a *probable cause* como um conceito menos técnico, levando-se em conta o padrão de um “policia experiente”. Como ressaltam Eldefonso e Coffey: “Ela julgou o problema sob a luz da experiência diária e não com base em uma fórmula legal. Ainda, a razoabilidade não é testada de acordo com o que um cidadão comum consideraria como causa provável. O teste a ser feito é se um policia experiente consideraria que existiu a causa provável” (*t.l.*)⁴¹².

A Corte de Wisconsin, por sua vez, já entendeu que “A palavra ‘suspeita’ não significa a mera suspeita. Nem a causa provável, ou, como às vezes denominada, ‘causa razoável para se acreditar’, depende do produto da persecução subsequente resultante da apreensão. Causa provável e causa razoável, neste caso, dependeram das informações de fato dadas à polícia e sua suficiência, bem como a confiabilidade dos informantes” (*t.l.*)⁴¹³.

Com entendimento parecido, a Suprema Corte norte-americana, no caso *Brinegar v. United States* (1949), assentou que a exigência da *probable cause* para as buscas e apreensões constitui o melhor compromisso para acomodar os interesses opostos da privacidade e da aplicação da lei; e o grau de probabilidade exigido para autorizar essas medidas, embora evidentemente não possa ser quantificado com exatidão, deve ser entendido entre “mais que a mera suspeita” e “menos que uma prova que poderia justificar... condenação”⁴¹⁴.

⁴¹² *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement...*, p. 63. Entendimento semelhante tem Ada Pellegrini Grinover, em: Parecer sobre busca e apreensão em caso de flagrante delito, In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 480-481.

⁴¹³ ELDEFONSO, Edward; COFFEY, Alan R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement...*, p. 67). A *probable cause*, cabe lembrar, nunca poderá surgir do mero silêncio do imputado, fundamentação que levou alguns doutrinadores norte-americanos a criticarem duramente sua Suprema Corte após a decisão em *Hiibel v. Sixth Judicial District of Nevada* (2004), 542 U.S. 198 (nesse sentido: SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel...*, p. 28).

⁴¹⁴ No caso, dois agentes da polícia estavam estacionados ao lado de uma rodovia, quando o carro dirigido por Brinegar passou por eles, aparentando estar “muito carregado”. Ao passar pelos policiais, o motorista acelerou, fazendo com que comesçassem uma perseguição. Após a captura, perguntado se carregava bebidas alcoólicas, Brinegar confirmou, e os policiais realizaram uma busca em todo o carro (*Brinegar v. United States* (1949) 338 U.S. 160).

A *probable cause*, para Steven B. Duke, deve ser aferida caso a caso, mas nem por isso seu conceito inicial e abstrato se reveste de vagueza, devendo, ainda, ser elaborado numa interligação com todos os requisitos da Quarta Emenda. Nas palavras do autor: “A ‘causa provável’ exigida para o mandado não é a mera probabilidade de que *alguma coisa* será encontrada. A Quarta Emenda exige a demonstração de uma causa provável que faça acreditar que um crime específico foi cometido, que há elementos desse crime escondidos, englobando instrumentos e provas existente *desse crime*, e que o material especificado está localizado em um local determinado” (t.l.) (g.a.)⁴¹⁵.

Critica-se o posterior abrandamento, de maneira excessiva, das exigências para a constatação da *probable cause* pela Suprema Corte norte-americana, quando do julgamento de *Illinois v. Gates* (1983). Ao reprovar a referida decisão, observa Yale Kamisar que: “A Corte de *Gates* expressou que a ‘causa provável’ é um conceito ‘prático, de senso comum’, um ‘critério flexível, de fácil aplicação’, e um ‘conceito fluido... que não pode ser reduzido a um conjunto puro de regras legais’. A Corte, penso eu, deixou bastante claro que a ‘causa provável’ é *algo menos* que o ‘mais provável do que não’ (embora o quão menos não esteja nada claro). De fato, a Corte nos disse que ‘a causa provável requer apenas a probabilidade ou *chance substancial* de uma atividade criminosa”) (t.l.) (g.a.)⁴¹⁶.

Na prática, trata-se do *standard* probatório também empregado para se ajuizar uma ação penal na ordem jurídica norte-americana, o que denota essa maior exigência de elementos concretos para que se possa dizer que há *probable cause* no caso apresentado, sob pena de inépcia da inicial acusatória (no mesmo sentido, por exemplo, tratamos da ligação com a justa causa para a ação penal, no item 3.5.1)⁴¹⁷.

Segundo Duke, as regras acerca da prova penal geralmente excluem, como prova ilícita, aqueles elementos que podem até permitir uma inferência relevante, mas que foram criados por aquele que os introduziu no processo tendenciosamente “já com os olhos no litígio” (expressão do autor). Essa abordagem deve ser considerada em qualquer situação da

⁴¹⁵ DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1410.

⁴¹⁶ *Gates*, 'Probable Cause', 'Good Faith'..., p. 588. Voltaremos a tratar do caso *Gates* no item seguinte.

⁴¹⁷ *Making Leon Worse...*, p. 1412. No mesmo sentido: ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence...*, p. 54. Como explica Duke: “As ações penais costumam aparecer como justificáveis nos tribunais estaduais com um suporte probatório longe da chamada prova além da dúvida razoável. A causa provável será suficiente para vincular o réu e leva-lo a julgamento, e uma taxa de extinção da ação sem que esta chegue a julgamento é de 40% a 60%, sugerindo que a causa provável – ou um critério ainda menos exigente – é o limite predominante para se ajuizar uma ação penal” (t.l.) (*Making Leon Worse...*, p. 1412).

qual possamos inferir que há *probable cause*, ou culpa, ou qualquer elemento em desfavor do acusado, que tenha por origem um comportamento policial no caso concreto⁴¹⁸.

A exigência das fundadas razões demanda, conseqüentemente, que a expedição de um mandado de busca pelo juiz esteja embasada em informações relevantes e legitimadas por material já colhido na fase de investigação. Ou seja, não se admite que a busca domiciliar seja o ato inicial do procedimento investigatório, nem que seja postulada pelo Ministério Público tão logo se inicie a investigação. Investiga-se primeiro, para depois se mandar buscar⁴¹⁹.

A busca não pode servir como meio primeiro de investigação, assim como os elementos de convicção não podem ser aqueles revelados posteriormente, pela apreensão já realizada, mas sim aqueles a que já teve acesso a autoridade judiciária ou policial antes do ingresso no domicílio.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “não se pode confundir a busca e apreensão com a simples *investigação*, pois a medida examinada tem clara conotação *cautelar*, o que implica a exigência de um juízo prévio sobre seus pressupostos; ainda que se trate de uma cognição superficial, dada a urgência que lhe é inerente, necessariamente há de resultar de dados colhidos previamente, que indiquem estar justificada a intromissão”⁴²⁰ (*g.a.*).

⁴¹⁸ DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1422.

⁴¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 711. No mesmo sentido, Tomás López Fragoso que “a autorização para a medida tem de se basear em uma suspeita fundada que o juiz da instrução possua frente a determinada pessoa, uma suspeita fundada e relevante, que há de se basear no material de fato que já se possui na causa” (*t.l.*) (*Los descubrimientos casuales...*, p. 85). Na Alemanha, John H. Langbein cita que no Código de Processo Penal alemão há a Seção 151, denominada *Anklagegrundsatz*, formulada historicamente para restringir o juiz inquisidor dos séculos anteriores, o qual acumulava a condução de todo o procedimento investigatório e posterior julgamento. Segundo o autor, o dispositivo também impõe que o tribunal não poderá determinar meios de prova (ou de obtenção de prova) invasivos até que um procedimento de investigação preliminar (*Vorverfahren*) tenha sido completado. Para maiores detalhes, ver: LANGBEIN, John H. *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 41, 1974, pp. 442-443.

⁴²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre busca e apreensão...*, p. 481. No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior explica que “Deve o juiz exigir a demonstração do *fumus comissi delicti*, entendendo-se por tal, uma prova da autoria e da materialidade com suficiente lastro fático para legitimar tão invasiva medida estatal. A busca domiciliar deve estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado” (*Direito Processual Penal...*, p. 711).

4.2.1.2.1. Da denúncia anônima como elemento inidôneo para a composição das fundadas razões.

Importante debate tem ocorrido acerca da validade da busca (e posterior apreensão) determinada a partir de denúncia anônima. Entendemos que a busca proveniente apenas desta natureza de informação é ilícita, seja pela ausência de elementos de convicção suficientes para legitimar uma medida restritiva de direito fundamental (insuficiência fática para as “fundadas razões”), seja porque o anonimato é vedado pela Constituição Federal (artigo 5.º, inciso IV⁴²¹). Cabe também lembrar que a lei, ao dispor serem necessárias fundadas razões para a autorização da busca domiciliar, impõe que haja uma confirmação sólida da hipótese acusatória, exigência que, a nosso ver, não restará satisfeita apenas mediante a informação proveniente de uma denúncia anônima.

Também entendendo incabível a efetivação de uma busca nesses casos, exemplifica Alexandre Morais da Rosa que não basta 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 haja evidências *ex ante*. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional por violação de domicílio do agente quando movida pelo imaginário”⁴²².

Na esteira do que trataremos no item 4.2.2.1, referente à autorização da busca domiciliar ser autorizada constitucionalmente apenas nos casos em que há flagrante próprio, conclui o autor acima citado: “Desde há muito se sabe – e os policiais não podem desconhecer a lei – que não se pode entrar na casa de ninguém (CPP, art. 293) – pobre ou rico – sem mandado judicial, salvo na hipótese de flagrante próprio, o qual não existe com denúncia anônima. Nem se diga que *depois* se verificou o flagrante porque quando ele se deu já havia contaminação pela entrada inconstitucional no domicílio” (*g.a.*)⁴²³.

⁴²¹ Art. 5º. (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁴²² ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 124. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. I. São Paulo: Sariva, 1997, p. 218.

⁴²³ Idem, p. 124. No mesmo sentido: VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 475. Em pesquisa realizada por Valois em 250 (duzentos e cinquenta) inquéritos policiais, espalhados por cinco Estados

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, ainda que indiretamente, pela imprescindibilidade de outros elementos que corroborem essa informação proveniente de fonte anônima: “A representação de busca domiciliar se baseou em fundadas razões que autorizavam a apreensão de armas e munições, instrumentos utilizados para a prática de crime ou destinados a fim delituoso, a apreensão de documentos considerados elementos de convicção (CPP, art. 240, § 1.º, *d e h*). Não houve medida de busca e apreensão provocada tão somente por denúncia anônima, diversamente do que sustentam os impetrantes, mas baseada em elementos de convicção colhidos durante inquérito policial instaurado pela autoridade policial. Legitimidade, legalidade e regularidade das buscas domiciliares levadas a efeito no caso, baseadas em elementos de convicção suficientes a ensejar a aplicação do art. 240, do Código de Processo Penal”⁴²⁴.

Tratando de caso referente a interceptação telefônica e sua instauração por denúncia anônima, o STF manteve o entendimento acima esposado, para declarar a ilicitude das provas produzidas pela interceptação efetuada, em razão de haver ilegalidade nas autorizações nestes casos, assim como a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar⁴²⁵. Também já entendeu o Pretório Excelso por repudiar a notícia-crime veiculada por meio de denúncia anônima, considerando que ela não é meio hábil para sustentar, por si só, a instauração de inquérito policial⁴²⁶. Ou seja, se a denúncia anônima não autoriza sequer a instauração de um inquérito policial, muito menos autorizaria uma violação de domicílio a fim de se realizar uma busca.

Mais recentemente, destaque-se o HC 106.152/MS, decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que denúncias anônimas não autorizam, por si sós, a propositura de ação penal ou mesmo, na fase de investigação preliminar, o emprego de métodos invasivos de investigação, como interceptações telefônicas e/ou buscas e apreensões. Entretanto, ressaltou também o STF que elas podem

da Federação, o autor constatou que 46% das invasões de domicílio sem mandado se deram sob a alegação de denúncia anônima.

⁴²⁴ STF – HC 91.350/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.08.2008.

⁴²⁵ STF – HC 108.147/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 11.12.2012. Ainda que o acórdão se refira à interceptação, esta também se trata de medida restritiva de direitos fundamentais e que em muitos aspectos se assemelha à apreensão, de modo que, nos exemplos doutrinários e jurisprudenciais selecionados para uso nesta dissertação, os argumentos relacionados à disciplina da interceptação podem ser estendidos à busca e à apreensão. Ada Pellegrini Grinover, inclusive, entende que a interceptação telefônica equivale a uma apreensão imprópria, sendo uma operação técnica através da qual se permite a apreensão dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica (*Provas ilícitas...*, pp. 262-263).

⁴²⁶ STF – HC 107.362/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 10.02.2015.

constituir fonte de informação e de provas que não podem ser simplesmente descartadas pelos órgãos do Poder Judiciário⁴²⁷.

Segundo o decisório referido, três passos devem ser seguidos pela autoridade policial caso apresentada uma denúncia anônima: i) realização de investigações preliminares para confirmar a credibilidade da “denúncia”; ii) caso confirmado que a “denúncia anônima” possui aparência mínima de procedência, será instaurado o inquérito policial; e iii) neste primeiro momento, a autoridade policial deverá buscar outros meios de prova que não a busca domiciliar ou a interceptação telefônica (estas devem ser encaradas como *ultima ratio*). Se houver indícios concretos contra os investigados, mas a busca ou a interceptação se revelar imprescindível para a prova do delito, somente então poderão ser requeridos os referidos meios de obtenção de prova ao magistrado⁴²⁸.

Cabe também a nota de que o Superior Tribunal de Justiça entendeu não haver ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração Pública e, por via de consequência, ao administrador público⁴²⁹. Trata-se de procedimento também restritivo dos direitos do investigado, mas o raciocínio acima não chegou a ser transposto ao âmbito processual penal.

No mesmo sentido, em âmbito internacional, o Supremo Tribunal espanhol, quando proferiu a STS de 28 de janeiro de 2002, decretou a nulidade de um mandado de busca domiciliar embasado exclusivamente em denúncia anônima, por considerar sua motivação “parca e concisa, senão inexistente”⁴³⁰.

Na abordagem do tema, a doutrina italiana costuma fazer uma diferenciação ao tratar das buscas efetuadas a partir de uma notícia proveniente de fonte anônima. Em geral, não se admite que essa notícia possa isoladamente fundamentar um ato coercitivo como a

⁴²⁷ STF – HC 106.152/MS. Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma, j. 29.03.2016.

⁴²⁸ STF – HC 106152/MS. Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma, j. 29.03.2016. Vale observar que se trata de procedimento de certa forma semelhante ao “teste em duas frentes de *Aguilar-Spinelli*” desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana, que trataremos adiante.

⁴²⁹ Nesse sentido: AgRg no REsp 1.307.503/RR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, j. 06.08.2013; RMS 37.166/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. DJe 15.04.2013; RMS 30.510/RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma, j. 17.12.2009; MS 13.348/DF. Rel. Min. Laurita Vaz. Terceira Seção, DJe. 16.09.2009; MS 7.069/DF. Rel. Min. Felix Fischer. Terceira Seção, DJe 12.03.2001. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já houve entendimento também nesse sentido: MS 24.639. Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.2002.

⁴³⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 354.

busca ou a interceptação telefônica, até porque estas pressupõem o *fumus comissi delicti*, o qual não se pode afirmar existir nessas situações. A menção feita ao *reato* (crime) pela lei processual italiana⁴³¹, pressupõe que, no momento em que se elabora o mandado de busca, já esteja devidamente formulada a violação da norma penal, de modo que “não possam ser realizados atos de busca antes da aquisição da *notitia criminis*, já que ainda não seria possível uma previsão do cometimento do delito em relação ao qual foram encontrados vestígios ou outros dados materiais” (*t.l.*)⁴³².

No mesmo sentido, Paolo Tonini cita o julgado 84, da Segunda Seção da Corte de Cassação italiana, de 10 de setembro de 2007, no qual se decidiu que só se pode recorrer à busca quando já se estiver individualizado o âmbito de realização da medida, dotado de concretude e especificidade: “caso contrário, a busca, instrumento de procura de provas úteis sobre crimes determinados, transformar-se-ia em um meio de aquisição da *notitia criminis*” (*t.l.*)⁴³³.

Todavia, quando se trata de documento de procedência ignorada, mas que não contenha declarações escritas (quer dizer, quando estamos diante de fotos ou vídeos, por exemplo), parte da doutrina italiana costuma aceitar a realização da busca (*perquisizione*) ou de uma inspeção (*ispezione*)⁴³⁴.

⁴³¹ Artigo 247, §1º, 2ª parte: “Quando houver fundado motivo para se acreditar que alguém oculte consigo o corpo de delito ou coisas relacionadas *com o crime...*” (*g.n.*).

⁴³² FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 153. Segunda a autora, “a carência de maiores dados referentes ao delito favorece um uso não correto da busca (e de outros atos de investigação coercitivos) como meio para se adquirir a *notitia criminis*, em vez de instrumento de para a obtenção de elementos de prova úteis a uma persecução penal” (*t.l.*) (Idem, pp. 158-159). No mesmo sentido: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 105.

⁴³³ *Manuale di procedura penale...*, p. 370. No mesmo sentido, observa Paola Felicioni que a Corte de Cassação já entendeu que a busca domiciliar e eventual apreensão, por pressuporem, como mencionado anteriormente, que haja *fumus comissi delicti*, não podem ser realizadas com base em uma denúncia anônima ou informação proveniente de uma fonte confidencial, que não se trate de uma notícia sobre efetivo cometimento de um delito (*Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 159).

⁴³⁴ Nesse sentido: FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 159-160. De caráter mais brando que a busca, a inspeção consiste em observar e descrever pessoas, lugares e coisas, com o objetivo de verificar vestígios e outros efeitos materiais do delito. Nas palavras de Paolo Tonini: “Essa [a inspeção] é um meio de obtenção de prova que possui uma finalidade preponderantemente ‘descritiva’ de pessoas, lugares ou coisas” (*t.l.*) (*Manuale di procedura penale...*, p. 368). No mesmo sentido: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 104. Ainda que menos invasiva que uma busca, a inspeção, pela possibilidade de ser realizada coercitivamente e por incidir sobre direitos protegidos constitucionalmente, também demanda prévio mandado motivado. Partilhando da citada opinião acerca da admissibilidade da busca ou de uma inspeção com base em documento de procedência ignorada, mas que não contenha declarações escritas, Franco Cordero exemplifica: “o Ministério Público a que chega a denúncia anônima por um vídeo de um evento delituoso pode inspecionar o lugar retratado na película e encontrar o corpo do delito ou impressões digitais e o arquivo, como coisas pertinentes ao crime que entrarão nos pontos para debate” (*t.l.*) (*Procedura penale*. 2ª. ed. Milano: Giuffrè, 1971, p. 801).

Em situação fática semelhante, mas apresentando conclusão diversa, em *Illinois v. Gates* (1983) a Suprema Corte norte-americana acabou por validar duas buscas pessoais e uma busca domiciliar embasadas em uma carta anonimamente enviada. No referido caso, a delegacia de polícia de Bloomington recebeu uma carta sem qualquer informação acerca do remetente, revelando que o casal Sue e Lance Gates praticava comércio de entorpecentes, além de detalhar seu *modus operandi*⁴³⁵.

Após observarem que os passos descritos na carta (reserva de hotéis, viagens para o destino onde seriam adquiridas as drogas, etc.) realmente estavam sendo correspondidos, a polícia aguardou o casal até seu retorno a Bloomington e realizou uma busca no veículo que dirigiam. Uma vez encontrada quantia considerável de droga no porta-malas do carro, os policiais acompanharam o casal até sua casa e nesta efetuaram uma busca domiciliar, a qual culminou na apreensão de mais drogas, além de armas e outras mercadorias proibidas.

No caso em questão, apesar de, num primeiro momento, rechaçar a possibilidade de uma carta anônima prover fundamentação suficiente para se configurar a *probable cause*, a Suprema Corte concluiu que a corroboração do conteúdo da carta pelo trabalho de acompanhamento policial foi suficiente para autorizar a efetivação das buscas.

Previamente a este caso, a jurisprudência norte-americana havia se consolidado no sentido de só se autorizar uma busca com base em informações de terceiros após estas passarem pelo denominado “teste em duas frentes de *Aguilar-Spinelli*” (“*two pronged Aguilar-Spinelli test*”)⁴³⁶. Como mencionado anteriormente, a proposta central de uma medida que exija um prévio mandado é que a constatação das fundadas razões (ou da causa provável, para os norte-americanos) deve ser feita pelo magistrado imparcial, não pelo agente que almeja obter o mandado.

Para passar no mencionado teste, não basta que o demandante declare, por exemplo, que: “o requerente acredita que há fundadas razões para uma busca”; ou “o requerente recebeu informações confiáveis de uma pessoa idônea e acredita que drogas estão

⁴³⁵ *Illinois v. Gates* (1983), 103 S. Ct. 2137.

⁴³⁶ Os nomes se referem aos julgados *Spinelli v. United States* (1969) e *Aguilar v. Texas* (1964), nos quais foi essencialmente debatido que “apenas com a demonstração das circunstâncias subjacentes à obtenção da informação poderá o magistrado fazer um julgamento propriamente independente sobre a persuasão originada dos fatos que um agente policial entenda suficientes para se configurar a causa provável” (*t.l.*) (*Spinelli v. United States* (1969), 393 U.S. 410, pp. 412-413). No mesmo sentido: *Aguilar v. Texas* (1964), 378 U.S. 108, pp. 110-115.

sendo armazenadas em determinado lugar”. Segundo Yale Kamisar: “Se o magistrado deve desenvolver a função que lhe foi constitucionalmente atribuída e não apenas fornecer seu carimbo, o requerente deverá informar ao juiz as circunstâncias subjacentes que levaram o agente policial a concluir que o informante era confiável e obteve a informação de maneira idônea” (*t.l.*)⁴³⁷.

Essas considerações fundaram o citado teste em duas frentes: uma relacionada à veracidade (*veracity prong*); e outra relacionada com a base do conhecimento (*basis of knowledge prong*). O requerente da busca que se baseia unicamente em uma referência dada por um informante não estará fornecendo elementos suficientes para o magistrado entender como demonstradas as fundadas razões e, conseqüentemente, expedir o mandado de busca, a menos que o primeiro exponha também os motivos que o levaram a concluir que o informante é idôneo, ou que a informação é “confiável” no caso concreto (abordagem da veracidade). Ainda, deverá o requerente apresentar os motivos que o levaram a concluir que o informante obteve a informação fornecida de maneira idônea (abordagem da base do conhecimento)⁴³⁸.

Para Kamisar, a maneira mais comum de se satisfazer a abordagem da veracidade é checar o “histórico” do informante, quer dizer, se ele já forneceu informações verídicas à polícia em casos anteriores. Esta prática se revela impraticável se estamos tratando de um informante efetivamente anônimo, como nos casos em que a notícia é recebida mediante uma ligação telefônica anônima. Em outros casos, porém, embora autuada como anônima a pedido do informante, este pode ser conhecido do policial ou da própria corporação atuante no local dos fatos, o que aparenta possibilitar essa checagem referida pelo autor por parte das autoridades.

Se tal histórico não puder ser suficientemente montado, o autor entende ser possível satisfazer o *veracity prong* demonstrando-se que a informação acusatória era contrária aos interesses penais do informante⁴³⁹.

⁴³⁷ Gates, ‘Probable Cause’, ‘Good Faith’..., p. 556.

⁴³⁸ KAMISAR, Yale. Gates, ‘Probable Cause’, ‘Good Faith’..., p. 556. Como conclui o autor: “Se as alegações conclusivas de um agente policial, presumidamente confiável ou conhecido pessoalmente pelo magistrado como confiável, são insuficientes para estabelecer uma causa provável, as alegações conclusivas de um informante apenas genericamente confiável devem ser igualmente insuficientes” (*t.l.*) (Idem, p. 556).

⁴³⁹ Ibidem, p. 557.

Também o *basis of knowledge prong* teria duas maneiras de restar satisfeito: uma direta e uma indireta. A primeira seria o informante declarar que ele pessoalmente viu os fatos alegados e está passando a informação de primeira mão. Se a informação for de segunda mão (*hearsay information*) o informante deverá apontar os legítimos motivos de acreditar no alegado. Haverá satisfação indireta se o fato relatado descrever a atividade criminosa do suspeito de maneira tão detalhada que o juiz possa concluir que o informante está se embasando em algo mais substancial que um mero rumor (denominada “abordagem detalhada auto verificativa” – *self verifying detail approach*)⁴⁴⁰.

a) *Da corroboração da informação prestada na denúncia anônima por investigações policiais independentes.*

Na esteira dos julgados do STF anteriormente apresentados, detalhamos que a denúncia anônima não pode, por si só, fornecer elementos que configurem fundadas razões para se autorizar uma busca domiciliar. Todavia, a informação prestada pode servir de *notitia criminis* e, se corroborada por outros elementos de prova, poderá o conjunto de elementos se tornar suficientemente robusto para autorizar a referida medida.

Nessa seara, pontuamos que não é qualquer tipo de corroboração decorrente de outras investigações policiais que será suficiente para se atingir esse suporte probatório. A corroboração de uma hipótese, na esteira do apresentado no item 3.5.1, supõe, além da possibilidade de prever algum evento ou estado de coisas empiricamente contrastável, uma série de conhecimentos prévios do mundo, bem como fatos particulares que devam estar presentes para que se ocorra conforme previsto⁴⁴¹. A matéria, portanto, mereceu algumas reflexões na doutrina estrangeira.

⁴⁴⁰ KAMISAR, Yale. *Gates, ‘Probable Cause’, ‘Good Faith’...*, p. 557. Cabe ressaltar que essa *self verifying detail approach* só pode ser realizada no âmbito da abordagem da base do conhecimento, nunca na da veracidade. Como decidido em *Stanley v. State*: “A técnica ‘detalhada auto verificativa’ não pode reparar um defeito da abordagem da ‘veracidade’. A noção de que a riqueza de detalhes implica observação pessoal, mais do que afastar aquela fofoca de bar, pressupõe um informante honesto. Se o informante tirou uma estória direto da cartola, ele poderia muito bem fabricar seus mínimos detalhes facilmente. Detalhes minuciosos nada nos dizem acerca da ‘veracidade’” (*t.l.*) (*Stanley v. State* (1974), Maryland State Appeal Court 507, 533, 313 A.2d 847, p. 862). Ressaltando a vedação da decisão com base no *hearsay information* no âmbito do Tribunal Constitucional espanhol (STS 1251/2009; SSTC 66/2009) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (SSTEDH *Isgrò c. Italia* (1991); SSTEDH *Delta c. Francia* (1990)): SENDRA, Vicente Gimeno. *El Derecho a la presunción de inocencia...*, p. 765.

⁴⁴¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, pp. 131-132.

Na decisão do caso *Spinelli*, sustentou a Suprema Corte norte-americana que a corroboração por investigações independentes não poderia reparar ilicitudes no *basis of knowledge prong*, mas apenas no *veracity prong*. A confirmação de um horário de chegada ou vestimenta, por exemplo, poderia aumentar a credibilidade de um informante, mas não remediará um defeito na sua base de conhecimento. Dessa forma: “Se suficientemente detalhada, a referência de um ‘informante honesto’ poderia se ‘auto verificar’ – poderia estabelecer que o informante teve acesso àquela informação de uma maneira confiável – mas a corroboração de certos detalhes da informação prestada não poderia satisfazer essa verificação” (*t.l.*)⁴⁴².

Yale Kamisar admite que as investigações independentes da prova possam legitimar a constatação das fundadas razões, mas o faz com ressalvas. Corroborar a denúncia anônima prestada com fatos de conhecimento comum ou facilmente previsíveis, como identificar a namorada do imputado, a marca e a cor de seu carro, seu número de telefone ou os lugares que ele normalmente frequenta, não seriam informações suficientes para afastar uma deficiência no *basis of knowledge prong*⁴⁴³.

Diferentemente, se as investigações independentes, por si, não foram suficientes para se atingir o *standard* probatória das fundadas razões, mas desenvolveram uma corroboração significativa de indícios de atividade criminosa compatíveis com a informação prestada na denúncia anônima, ao ponto de configurada uma “fundada suspeita”, a referência anônima, isoladamente inadequada para embasar a busca domiciliar, pode ser “levada em consideração” para alçar os elementos colhidos pelas investigações policiais ao critério das fundadas razões. Exemplificativamente: “Suponha-se que, quando Lance Gates tomou um voo para West Palm, os agentes de combate às drogas viram quatro homens encontrá-lo no aeroporto, sendo que dois deles os policiais sabiam por experiências passadas se tratarem de traficantes de drogas (...). O mero encontro ou conversa com traficantes dificilmente tornará provável que um suspeito também seja traficante (...). Todavia, penso que poucos negariam que as informações prestadas no requerimento do mandado de busca, de que os agentes presenciaram Lance Gates confabulando com traficantes de drogas em um aeroporto ou restaurante, quando combinadas com as afirmações fornecidas por uma denúncia anônima,

⁴⁴² KAMISAR, Yale. *Gates, ‘Probable Cause’, ‘Good Faith’ ...*, p. 560. As palavras do autor são em referência ao decidido no caso *Spinelli*. Como defensores dessa abordagem, Kamisar cita o doutrinador

⁴⁴³ Idem, pp. 562-563.

conjuntamente formariam fundadas razões de que Lance viajou para West Palm a fim de ‘fazer uma compra’ (t.l.)⁴⁴⁴.

Na Alemanha, discutindo o aproveitamento dos elementos obtidos com as investigações ditas independentes se a informação inicial que ocasionou tais investigações for ilícita, Christian Jäger entende que só serão aproveitáveis os elementos de prova decorrentes da investigação se, no momento do cometimento do ilícito pelos agentes estatais, já estava em curso outro procedimento por meio do qual muito provavelmente se obteria o mesmo resultado: “Uma prova só é utilizável quando, apesar do comportamento alternativo do Estado (isto é, supondo que este poderia ter atuado legalmente na obtenção da prova), ela poderia ter sido obtida com um alto grau de probabilidade”⁴⁴⁵.

No âmbito jurisprudencial, o autor cita o julgamento do caso *Weimar* pelo BGH, em que se realizou uma primeira busca domiciliar sem mandado quando este era necessário sem que nada fosse apreendido (apenas tomou-se conhecimento do que havia dentro da residência). Posteriormente, no transcurso de uma segunda busca domiciliar, esta realizada após a obtenção de um mandado, foram apreendidas algumas vestimentas que viriam a ser utilizadas para condenar o imputado. O referido tribunal entendeu válidos os elementos de prova apreendidos, valendo-se do argumento das investigações hipotéticas e sustentando que os órgãos de investigação poderiam obter o mandado judicial a qualquer momento. Ao que Jäger discorda: “a apreciação judicial *ex ante* exigida pela lei (na qual se ordena a busca domiciliar” (...), foi, dessa forma, retificada através de uma apreciação judicial feita com conhecimentos *ex post*” (t.l.)⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Ibidem, pp. 563-565. Na decisão do caso *Gates v. Illinois*, o juiz White, que também atuou no caso *Spinelli*, acabou adotando posição semelhante: “Eu não disse que a corroboração nunca poderia satisfazer a abordagem da base do conhecimento. Minha preocupação foi, e ainda é, que a abordagem possa ser satisfeita com base na corroboração de informação que, de nenhuma maneira, sugere que o informante tinha uma base de conhecimento adequada ao dar suas declarações. Todavia, se, como em *Draper*, a polícia corroborar informações das quais possa ser inferido que a referência do informante estava embasada em informações privilegiadas, essa corroboração será suficiente para satisfazer a abordagem da base do conhecimento (...). As regras seriam sim estranhas se, como sugeriu o juiz Brennan (...), a abordagem da base do conhecimento pudesse ser satisfeita por puros detalhes da referência, não por um trabalho policial independente” (t.l.) (*Illinois v. Gates* (1983), 103 S. Ct. 2137, p. 2349).

⁴⁴⁵ *Problemas fundamentales...*, pp. 104 e 106. A situação muito se aproxima da exceção da descoberta inevitável, estudada no item 2.2.5.

⁴⁴⁶ *Problemas fundamentales...*, p. 108. Crítico da doutrina e jurisprudência alemãs, que têm admitido sem muitas restrições o aproveitamento das investigações independentes, Jäger ainda conclui que: “Inclusive, o sentido etimológico do termo ‘processo penal’, que implica uma ordem regulamentada, proíbe suprimir circunstâncias processuais antijurídicas sob o pretexto de um duvidoso conceito hipotético de resultado. O resultado de um processo consiste mais em seu legítimo cumprimento, e seu não cumprimento faz do processo um instituto falho” (t.l.) (Idem, p. 105).

Na Espanha, Jacobo Quiroga afasta as condutas independentes e a boa-fé dos agentes públicos como situações aptas a legitimar provas derivadas de uma busca inicialmente ilícita⁴⁴⁷. A questão, para o autor, deve ser resolvida de maneira objetiva, de modo que o relevante é a ocorrência da lesão e, em todo caso, seus efeitos sobre os interesses em conflito: “o erro sobre a violação de direito fundamental, que seria um erro de proibição, influirá no âmbito da responsabilidade daquele que operou violando o direito, mas, insistimos, não incide sobre os efeitos que a dita violação terá para terceiros” (*t.l.*)⁴⁴⁸.

Note-se que o Tribunal Constitucional espanhol, numa primeira abordagem do tema, entendeu ser inadmissível a coisa apreendida (no caso, impossível a condenação pela posse da droga) após a entrada ilegal em domicílio alheio, ainda que corroborada a autoria delitiva por prova documental consistente na ata documental da apreensão e pela prova oral dos agentes públicos e particulares que presenciaram a busca. Nenhuma dessas provas conseguiria quebrar a “conexão de antijuridicidade” decorrente da busca domiciliar ilegal⁴⁴⁹.

O mesmo raciocínio, todavia, não foi estendido ao caso em que o próprio acusado declara ser proprietário da coisa constituinte do corpo de delito, ou, mesmo, quando a imputação da propriedade da coisa é feita por um corrêu. Segundo o Tribunal Constitucional, a fonte de conhecimento da propriedade da coisa seria, nesse caso, alheia à busca que resultou em sua apreensão, mas que foi declarada nula⁴⁵⁰. Todavia, a legitimidade da informação ainda fica condicionada ao seu proferimento mediante assistência de advogado, uma vez que, segundo órgão julgador, as declarações do imputado só serão juridicamente independentes do ato lesivo se prestadas mediante respeito a todos as garantias constitucionais, dentre elas, a da defesa técnica⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ O surgimento e desenvolvimento da exceção da boa-fé será feito no item 5.3.1.

⁴⁴⁸ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1250. O autor destaca o voto do Magistrado Jiménez Sánchez na STC 22, de 10 de fevereiro de 2003: “em que pese a boa-fé policial, ante a nossa perspectiva constitucional, devemos afirmar que objetivamente a busca assim praticada vulnerou o direito à inviolabilidade domiciliar e que existe uma relação direta entre esse fato e o encontro da arma, relação de que deriva a necessidade de exclusão dos resultados da busca do acervo probatório, em função da ideia do ‘justo processo’, sem que isso se possa questionar em razão da menor gravidade da violação” (*t.l.*) (Idem, p. 1250).

⁴⁴⁹ Nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 367; YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: Reflexões sobre a tipicidade e atipicidade em matéria probatória. In: *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 336-337.

⁴⁵⁰ STC 8, de 17 de janeiro de 2000.

⁴⁵¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 368.

Posteriormente, o Supremo Tribunal espanhol sintetizou os entendimentos do Tribunal Constitucional nas SSTS de 23 de março de 2007 e de 30 de junho de 2009. O caráter autônomo da declaração do imputado, apto a afastar sua inadmissibilidade decorrente da busca domiciliar ilícita, dependerá da presença de quatro requisitos cumulativos: a) a presença de defesa técnica no momento das declarações; b) que sejam informados previamente todos os seus direitos constitucionais, em especial o direito ao silêncio; c) a voluntariedade da declaração, sendo esta sem vícios ou decorrente de perguntas sugestivas do juiz ou da acusação; e d) que haja uma informação prévia ao acusado dos feitos ocorridos até aquele momento da persecução penal, inclusive das possíveis irregularidades constatadas que lhe seriam benéficas⁴⁵².

4.2.1.3. Finalidade da medida e as hipóteses do artigo 240, § 1º do Código de Processo Penal.

O juízo de admissibilidade da busca domiciliar deve recair não apenas na verificação das mencionadas fundadas razões pelo magistrado. Isto porque é imperioso que a busca tenha uma finalidade clara, individualizada. Não se busca apenas por buscar. Portanto, deverá o juiz, caso venha a proferir um juízo concessivo da busca requerida, identificar alguma das finalidades autorizadas da medida, conforme consignado no Código de Processo Penal.

Divergentes opiniões são encontradas quanto à taxatividade do rol do artigo 240, § 1º, do CPP. Parte da doutrina entende trata-se de rol exemplificativo, nada impedindo que outras hipóteses surjam, possibilitando a expedição motivada do mandado de busca pelo juiz⁴⁵³.

Com posição diversa, Aury Lopes Júnior entende que, considerando a extensão do rol, sua amplitude conceitual e a existência de cláusulas genéricas, não é possível a interpretação extensiva ou mesmo analogias, ainda mais em se tratando de medida restritiva

⁴⁵² Nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 368.

⁴⁵³ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal...*, p. 237; PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 296.

de direitos fundamentais⁴⁵⁴. De maneira semelhante, ensinava Vincenzo Manzini que as buscas (domiciliares ou pessoais) só devem ser direcionadas a objetos que constituam corpo de delito e “se se tratam de outras coisas, ainda que possam servir indiretamente à prova, a busca pessoal ou domiciliária somente será lícita quando estiver expressamente autorizada” (*t.l.*)⁴⁵⁵.

Dispõe o § 1º do artigo 240 do CPP que a busca domiciliar poderá ser autorizada para a consecução das seguintes finalidades:

a) Prender criminosos (alínea a).

Exige-se que a prisão de determinada pessoa já tenha sido decretada. Mas o mandado de busca é expedido para autorizar os agentes estatais a entrarem em local onde há suspeita de que esteja a pessoa procurada, não para propriamente “prender criminosos”. Deve haver uma duplicidade de mandados, um para a busca e outro para a prisão, uma vez que esta não prescinde de mandado específico. Logicamente, o disposto na alínea “a” só é objeto da busca domiciliar, como, inclusive, pode-se constatar no texto do artigo 240, § 2º, do CPP, o qual dispõe que “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

b) Apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (alínea b).

Para Guilherme de Souza Nucci, “as primeiras dizem respeito ao material que tenha algum interesse para a produção de prova no processo; as segundas referem-se não somente ao material que evidencie a prática da infração penal como também às coisas que serão reservadas para restituição à vítima ou para confisco do Estado (art. 91, II, b, CP)”⁴⁵⁶. Cabe lembrar que as coisas achadas devem ser devolvidas ao seu legítimo proprietário ou

⁴⁵⁴ Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 715; PRADO, Geraldo. *Presunción de Inocencia el Derecho Procesal Penal...*, p. 5; BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408.

⁴⁵⁵ *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 698.

⁴⁵⁶ *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p. 532.

entregues à autoridade policial, sob pena de incorrer o agente nas sanções do artigo 169 do Código Penal (apropriação de coisa achada)⁴⁵⁷.

c) Apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos (alínea c).

A disposição da alínea “c” é consequência do disposto no artigo 91, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, o qual prevê ser efeito da condenação “a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”.

d) Apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso (alínea d).

Entendemos que só deverão ser apreendidas armas e munições ilegais ou, se legais, que tenham sido utilizadas para a prática de crime.

e) Descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu (alínea e).

Trata-se de disposição genérica, entendendo Nucci que qualquer material que possa fornecer ao julgador uma avaliação correta do fato delituoso (abrangendo materialidade e autoria) pode ser apreendido (como roupas com sangue ou esperma, material pornográfico, diários e anotações, com conteúdo vinculado ao fato, entre outros)⁴⁵⁸.

Além de entendermos incompatível com o princípio da especialidade da prova pela generalidade do texto legal, estendemos à presente alínea a crítica de Nicolás Serrano, segundo o qual um ato instrutório que limite um direito fundamental não pode estar dirigido a obter meros indícios ou suspeitas de criminalidade, mas apenas para constituir provas dos fatos que integram o objeto do Processo Penal⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 713.

⁴⁵⁸ *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p. 533.

⁴⁵⁹ El principio de proporcionalidade..., p. 214.

f) Apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação dos fatos (alínea f).

O texto da alínea “f” tem gerado controvérsia na doutrina e jurisprudência, uma vez que conflita com a garantia da inviolabilidade do sigilo de correspondência, prevista no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal⁴⁶⁰.

Parte da doutrina manifesta-se pelo caráter absoluto da inviolabilidade da correspondência, o que impossibilitaria a busca de cartas previstas no artigo 240, § 1º, alínea “f” do CPP, concluindo-se pela não recepção deste dispositivo pela Constituição Federal⁴⁶¹. Em sentido contrário, há autores que, sustentando-se numa interpretação sistemática e na dita finalidade verdadeira do inciso XII do art. 5º da CF, permitem restrições ao sigilo de correspondência⁴⁶².

O Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade da devassa de cartas de presidiários pela administração penitenciária (HC n. 70.814/SP), sempre em casos em que se invoca essa garantia para salvaguardar práticas ilícitas⁴⁶³. Nas Apelações n. 109.019-3 e n. 177.130-3, constata-se que também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já considerou que a inviolabilidade da correspondência não é absoluta. De maneira semelhante, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a inviolabilidade da correspondência visa a proteger o teor do que nela está escrito, não alcançando as hipóteses

⁴⁶⁰ Segundo a Constituição Federal: “**XII** - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

⁴⁶¹ Possuem esse posicionamento: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal...*, p. 123; PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, p. 218; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed., V. I. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 445; MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 72; MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. 2. ed. São Paulo: Copola, 1994, p. 141-143.

⁴⁶² Filiam-se a essa corrente: FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional...*, p.82; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...*, p. 77; SILVA, César Dario Mariano da. *Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal*. São Paulo: Leud, 1999, p. 69-71; NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal...*, p. 238.

⁴⁶³ Segundo o Ministro Celso de Mello, “apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, 1ª Turma, HC 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 24.06.1994, p. 16.650).

nas quais a carta assume característica de encomenda, por exemplo, quando utilizada para o tráfico de drogas⁴⁶⁴.

g) Apreender pessoas vítimas de crimes (alínea g).

Trata-se de uma medida de libertação ou salvamento de pessoa vítima de maus-tratos (crianças ou idosos), privada da liberdade (sequestro ou extorsão mediante sequestro), entre outras situações análogas⁴⁶⁵.

Lembra Gustavo Badaró que, “no que toca à pessoa vítima do crime, não se cogita a possibilidade de mantê-la apreendida depois da busca. Deverá a autoridade apreendê-la e, imediatamente, colocá-la sob custódia, que tem o sentido de proteção, e não de restrição (CPP, art. 245, § 6º)”⁴⁶⁶.

Para Pontes de Miranda, a busca será utilizada, ainda, “para retirar da ilegal detenção o paciente beneficiado por ordem de *habeas corpus* não cumprida de pronto pelo detentor ou carcereiro, estando ele em casa particular qualquer”⁴⁶⁷.

Ademais, também estamos diante de objeto exclusivo da busca domiciliar, nos termos do artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal, como comentado no parágrafo referente à alínea “a”.

⁴⁶⁴ STJ – RHC 10.537/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 13.03.2001. Destaque-se também que o STJ já decidiu que a violação de correspondência, com maltrato a liberdade de pensamento resguardada pela Constituição Federal, somente se concretiza quando se tratar de correspondência fechada, sendo que a apreensão de documento, representado por minuta de carta já remetida, mediante autorização judicial, não representa afronta ao direito assegurado pelo art. 5º, X, da CF (intimidade, vida privada etc.), porque idêntica proteção é reservada à honra das pessoas, não podendo aquela (intimidade) servir de salvaguarda para maltrato a esta (honra) (RHC 6.719/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 08.06.1998). Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal referiu que “o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações não é absoluto. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o interesse público, em situações excepcionais, pode se sobrepor aos direitos individuais, para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para resguardar condutas criminosas” (HC 203.371/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 03.11.2011).

⁴⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal...*, p. 532.

⁴⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 347. Como lembra o autor, o artigo 245, § 6º do Código de Processo Penal dispõe que “Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes”. Hélio Tornaghi, por sua vez, explica que “Custodiar é guardar, mas guardar com cuidado, com zelo. Custodiar não é prender, é proteger. Ao contrário da prisão que é encarceramento, a custódia é o mínimo de privação da liberdade de ir e vir” (*Instituições de processo penal...*, p. 169).

⁴⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus (Direito constitucional e processual comparado)*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, pp. 389-390.

h) Colher qualquer elemento de convicção (alínea h).

O texto da alínea “h” também é bastante criticado pela doutrina, dado o alto grau de indeterminação que é trazido ao objeto da busca. Aury Lopes Júnior, inclusive, defende a ilegalidade da busca feita exclusivamente com base na alínea “h”, pois implicaria inequívoca violação do artigo 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal. Lembra o autor que, à luz da proteção constitucional do domicílio e da privacidade, o mandado de busca deverá ser o mais específico possível, evitando ao máximo as cláusulas genéricas ainda empregadas pelo CPP⁴⁶⁸.

No mesmo sentido, observa Jacobo Quiroga que a expedição de um mandado de busca com objeto demasiado amplo, abarcando quase qualquer elemento possível, “violaria o princípio da legalidade e o mandado seria considerado nulo e, por conseguinte, inexistente, com todas as consequências que a ausência de um mandado judicial traz consigo” (*t.l.*)⁴⁶⁹.

4.2.1.3.2. O rol do artigo 240, §1º, do CPP frente a evolução tecnológica: da tangibilidade do objeto buscado e da necessidade de ingresso físico dos agentes.

Historicamente, a busca domiciliar tem sido associada à procura de objetos tangíveis e ao ingresso físico dos agentes em propriedade alheia⁴⁷⁰. O texto legal também se inclina para tanto. À exceção da genérica alínea “h”, a previsão é que se autorize a busca para apreender “pessoas”, “coisas achadas”, “instrumentos de falsificação” “armas e munições”, “objetos necessários” e “cartas”.

Todavia, com o decorrer dos anos e a evolução tecnológica dos meios de investigação, problemas relacionados a essa obrigatória tangibilidade do objeto buscado e à necessidade de ingresso físico dos agentes estatais para que se configure uma busca têm sido suscitados. A problemática em análise, destacou o Ministro Rogério Schietti, tem sido

⁴⁶⁸ *Direito Processual Penal...*, pp. 714-715.

⁴⁶⁹ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1237.

⁴⁷⁰ Exemplo claro dessa visão foi a decisão de *Olmstead v. United States* sobre o uso de escutas clandestinas em uma residência, em que decidido pela Suprema Corte dos EUA que “a busca recai sobre coisas materiais – a pessoa, a casa, seus papeis ou sua propriedade. Além disso, o requisito da particularidade pressupõe a busca ou apreensão de coisas tangíveis (...) Uma vez que os agentes utilizaram apenas se ‘sentido da audição’, e se absteram de efetivamente entrar nas casas e escritórios do réu, ‘não houve busca... não houve apreensão’” (*t.l.*) (*Olmstead v. United States* (1928) 277 U.S. 438, p. 464). No mesmo sentido: *Goldman v. United States* (1942) 316 U.S. 129.

inserida por parte da doutrina no âmbito do chamado *direito probatório de terceira geração*, “que trata de provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”⁴⁷¹.

Ademais, como já mencionamos, a restrita previsão da busca nas modalidades domiciliar e pessoal limita a possível abordagem de temas que não envolvam propriamente a casa, vestes e corpo do indivíduo dentro de uma categoria específica⁴⁷², motivo pelo qual optamos por tratar dos assuntos abaixo após a relação tradicional de objetos a serem buscados do rol do artigo 240, § 1º, do CPP.

a) *Tangibilidade do objeto e a busca em meios eletrônicos.*

A “closed container rule” e a “plain view doctrine” foram os dois principais pontos de referência quando da discussão acerca de buscas realizadas em computadores e outras mídias digitais nos Estados Unidos⁴⁷³. Alguns tribunais julgavam a estrutura física dos computadores como compartimentos fechados, de modo que toda a informação eletrônica nele contida pudesse ser vasculhada na busca por elementos de prova. Quando um investigador acessasse o computador, seria como se ele abrisse um compartimento, de modo que todo seu conteúdo estaria “a plena vista”⁴⁷⁴.

Outros tribunais, por sua vez, enxergavam que cada arquivo eletrônico devia ser considerado um compartimento fechado. Dessa forma, como os agentes devem abrir cada

⁴⁷¹ RHC 51.531/RO. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma, j. 19.04.2016. Os chamados direitos probatórios de “primeira” e “segunda” geração têm sido relacionados aos julgamentos dos casos *Olmstead v. United States* (1928) e *Katz v. United States* (1967), respectivamente. O caso *Kyllo v. United States* (2001), por sua vez, tem sido identificado como o precursor do direito probatório de terceira geração. Trataremos dos casos *Katz* e *Kyllo* nos itens seguintes. Sinteticamente, no direito probatório de primeira geração, a proteção constitucional da intimidade aplicava-se apenas a áreas tangíveis, exigia a entrada efetiva em um espaço particular e abrangia apenas coisas tangíveis. Com o direito probatório de segunda geração, o âmbito de proteção foi ampliado, passando a abranger também as pessoas e suas expectativas de privacidade. Nesse sentido: KNIJNIK, Danilo. A trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Ano 2, n. 4. Porto Alegre, 2016; BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. *O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal*. In: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>.

⁴⁷² No mesmo sentido: PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 124.

⁴⁷³ Trataremos com maiores detalhes da *plain view doctrine* no item 5.3.

⁴⁷⁴ Nesse sentido: *United States v. Runyan* (5th Cir. 2001), 275 F.3d 449, p. 464. Em profundo estudo sobre as buscas e apreensões em meio digital, Orin Kerr chega a propor que a *plain view doctrine* deve ser completamente excluída do âmbito das buscas por elementos de prova em um contexto digital. Para maiores detalhes, ver: KERR, Orin. *Searches and seizures in a digital world*. Harvard Law Review, Vol. 119, n.2, 2005.

arquivo para buscar seu conteúdo, uma busca pelos nomes dos arquivos no diretório de um computador não coloca tais arquivos “a plena vista”. Nessa segunda visão, apenas a denominação do arquivo presente na tela é que está a plena vista quando o investigador inicia uma busca em um computador⁴⁷⁵.

Recentemente, entendeu a Suprema Corte norte-americana pela necessidade de uma ordem judicial prévia para que os policiais possam acessar os dados mantidos em um aparelho celular apreendido após a realização de uma prisão ou de uma busca, entendendo ainda serem os *smartphones* compartimentos comparáveis a computadores e que armazenam informações abarcadas pela tutela da intimidade⁴⁷⁶.

Em âmbito nacional, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 75.800/PR (Dje 26.09.2016), de relatoria do Min. Felix Fischer, decidiu que, caso determinada judicialmente a busca e a apreensão de telefone celular ou *smartphone*, é lícito o acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido: “E mais, na pressuposição do comando de apreensão de aparelho celular ou *smartphone* está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal. Assim, se se procedeu à busca e apreensão da base física de aparelhos de telefone celular, *a fortiori*, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo, o qual, repise-se, já está armazenado”.

Nesse mesmo caso, a Quinta Turma do STJ ainda ressaltou que a Lei n. 9.296/1996 foi enfática, em seu artigo 1º, Parágrafo Único, ao dispor especificamente sobre a proteção ao fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática. Ao regulamentar o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, entenderam os ministros que houve uma preocupação do legislador em distinguir o que é a fluência da comunicação em andamento daquilo que corresponde aos dados obtidos como consequência desse diálogo. Teria se optado, em relação aos sistemas de informática e telemática, pela proteção à integridade do curso da conversa desenvolvida pelos interlocutores. Não haveria, portanto, vedação para que se realize uma busca objetivando o conhecimento do conteúdo dessa interação, já que cada interlocutor poderia excluir a informação a qualquer momento e de acordo com sua vontade. Dessa forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens

⁴⁷⁵ Nesse sentido: *United States v. Carey* (10th Cir. 1999), 172 F.3d 1268, p. 1273.

⁴⁷⁶ *Riley v. California* (2014) 573 U.S. ____.

armazenadas em aparelho de telefone celular ou *smartphones* não se subordinaria aos ditames da Lei n. 9.296/1996⁴⁷⁷.

Situação diferente é apresentada quando a apreensão do telefone foi feita em flagrante, sem prévio mandado judicial, e é feita busca por dados no telefone acobertados pela tutela da intimidade. Neste caso, entendeu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça pela nulidade das provas obtidas. O Min. Relator Nefi Cordeiro entendeu pela imprescindibilidade da autorização judicial, por imposição legal do artigo 7º, inciso III, da Lei n. 12.965/2014⁴⁷⁸, e por considerar o acesso a conversas mantidas pelo programa *whatsapp* efetiva apreensão inautorizada de comunicações, devendo as mesmas serem equiparadas às conversas mantidas por e-mail (RHC 51.531/RO. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma, DJe 09.05.2016)⁴⁷⁹.

A matéria, todavia, não é de todo pacífica. Em seu Voto-Vista ao RHC 51.531/RO, por exemplo, a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura decide acompanhando o relator, mas com ressalvas: “Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ STJ – RHC 75.800/PR. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma, DJe 26.09.2016. No mesmo sentido, o Voto-Vista da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, no RHC 51.531/RO. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma, DJe 09.05.2016. Como bem ressaltado pela referida Ministra, a conclusão apresentada não significa que os dados armazenados em um telefone celular estejam desprovidos de qualquer proteção constitucional, até porque, na linha do decidido pela Suprema Corte norte-americana, “Tais aparelhos multifuncionais contêm hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico (...). Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nesses aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade” (p. 2 do Voto-Vista).

⁴⁷⁸ **Art. 7º.** O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) **III** - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

⁴⁷⁹ No mesmo sentido: BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. *O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal*. In: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>. Pela exigência de prévia ordem judicial para o acesso a conversas mantidas por email: STJ – HC 315.220/RS. Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Sexta Turma, DJe 09.10.2015.

⁴⁸⁰ A Ministra Maria Thereza colaciona interessante julgado da Suprema Corte canadense em seu Voto-Vista, qual seja, *R. v. Fearon* (2014 SCC 77, [2014] S.C.R. 621), em que foram estipuladas quatro condições para se

b) *Da necessidade de ingresso físico dos agentes policiais em um ambiente privado.*

Foi em 1967, com *Katz v. United States*, que os tribunais norte-americanos começaram a mudar seu entendimento sobre a configuração da busca estar condicionada a um efetivo ingresso em domicílio alheio. No caso, a implantação de uma escuta na parede de uma cabine telefônica de que se valia o investigado para realizar suas ligações teria violado a Quarta Emenda: “a pessoa que entra em uma cabine telefônica, fecha a porta e paga a tarifa que a permite fazer a ligação certamente tem direito de assumir que as palavras que saírem de sua boca não serão reproduzidas para o resto do mundo” (*t.l.*)⁴⁸¹, havendo, naquele local, uma razoável expectativa de privacidade.

Em *California v. Ciraolo*, decidiu a Suprema Corte dos EUA que os agentes policiais não precisariam obter um mandado antes de utilizarem um avião para sobrevoar o quintal de um indivíduo suspeito de plantar drogas e registrar o que ali se encontrava. Segundo a maioria dos julgadores do caso, Dante Ciraolo não teria uma razoável expectativa de privacidade frente aos voos perpetrados, até porque “Qualquer membro da população que estivesse voando comercialmente naquele espaço aéreo e olhasse para baixo poderia ter visto tudo o que os policiais observaram”⁴⁸² (*t.l.*).

A utilização da tecnologia dos drones para esse tipo de registro de imagens, *v.g.*, reascende a presente discussão. Entendemos, todavia, que a mesma linha de raciocínio não deve ser seguida em tais casos. Concordamos com o voto minoritário do juiz Lewis Powell, no mesmo caso supracitado. Assevera o referido magistrado que: “Viajantes de voos

reconhecer a excepcional legitimidade do acesso aos dados de aparelho celular incidente a uma prisão: a) a prisão tem de ser lícita; b) o acesso aos dados tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, que, nesse contexto são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; c) a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; d) finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo do acesso. Este último requisito, lembra a Ministra, auxilia na posterior revisão judicial e permite aos policiais agir em estrito cumprimento às demais condições expostas.

⁴⁸¹ *Katz v. United States* (1967) 389 U.S. 347, pp. 352-353.

⁴⁸² *California v. Ciraolo* (1986), 476 U.S. 207, p. 213. Entendimento semelhante foi apresentado em *Dow Chemical Co. v. United States* (1986) 476 U.S. 227, p. 229. Neste julgado, todavia, a Corte admitiu que o uso de equipamentos altamente sofisticados de monitoramento que não sejam de acesso geral ao público, como o uso de satélites, deve ser proibido caso não obtido prévio mandado judicial.

comerciais, assim como os de aviões privados usados para negócios ou motivos pessoais, normalmente obtêm no máximo um fugaz, anônimo e não discriminatório vislumbre da paisagem e prédios sobre os quais eles passam” (*t.l.*). Todavia, no caso *Ciraolo*, os policiais conduziram um sobrevoo em baixa altitude e com o único propósito de descobrirem provas dentro de um enclave privado que lhes é constitucionalmente proibido entrar sem um mandado em âmbito terrestre⁴⁸³, situação que mais se aproxima do uso dos citados drones.

Diferente é a tutela, *e. g.*, do caso em que um indivíduo comete um crime próximo à janela de seu apartamento ou em uma sacada, locais que podem ser normalmente observados por terceiros presentes em algum prédio vizinho e em que se pode falar que há uma redução na sua expectativa de privacidade. Não há, nesses casos, sequer de se falar em busca. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal espanhol ser válida a filmagem do que ocorre em frente às janelas de edifícios em que seus moradores praticavam atividades delituosas, “não sendo necessário o ‘Placet’ judicial para ver o que o titular da morada não quer ocultar dos demais” (*t.l.*)⁴⁸⁴.

Jacobo Quiroga, porém, entende que esses vídeos ou fotos, isoladamente, não são possuem qualquer valor probatório, devendo ser corroborados os fatos neles retratados, durante a produção da prova oral, pelos depoimentos testemunhais daqueles que realizaram as filmagens⁴⁸⁵.

Posteriormente, em *Kyllo v. United States*, foi debatido se o uso de aparelhos de medição térmica poderia ser considerado uma busca domiciliar. No referido caso, sentados em um carro estacionado do outro lado da rua, policiais se valeram de um desses aparelhos para medir a temperatura dentro da garagem de Danny Kyllo, isto sem a prévia obtenção de um mandado judicial. O aparelho, então, mostrou que a garagem de Kyllo estava estranhamente morna, ocasionando a suspeita de que seu morador a utilizasse como estufa

⁴⁸³ *California v. Ciraolo* (1986), 476 U.S. 207, pp. 223 e 224-225.

⁴⁸⁴ STS 354 de 13 de março de 2003 (RJ 2003, 2662). No mesmo sentido: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1219. Nos EUA, entendimento semelhante foi proferido pela Suprema Corte em *Florida v. Riley*: “O que uma pessoa sabidamente expõe ao público, mesmo dentro de sua casa ou escritório, não é objeto de proteção pela Quarta Emenda” (*t.l.*) (*Florida v. Riley* (1989), 488 U.S. 445, p. 449). Citamos, ainda, os seguintes julgados: *California v. Greenwood*, (1988) 486 U.S. 35, pp. 40-41 (em que considerada válida a busca realizada em revista do lixo deixado na calçada); e *Brown v. Texas* (1983) 460 U.S. 730, pp. 733-740 (em que considerado legítimo o ato de policial que averigua o que está dentro de um carro apenas olhando através do vidro da janela).

⁴⁸⁵ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1282. No mesmo sentido já entendeu o Supremo Tribunal espanhol, nas SSTS 64/2000 (RJ 2000, 172), 756/2000 (RJ 2000, 3152) e 193/2001 (RJ 2001, 281) e na STS de 26 de fevereiro de 2002 (RJ 2002, 3585).

para a plantação de maconha, suposição que provou-se verdadeira pela busca domiciliar subsequente⁴⁸⁶.

De maneira diversa ao caso *Ciraolo*, entendeu-se que a utilização do aparelho de medição térmica sem a prévia expedição de mandado violaria o texto da Quarta Emenda. Isto porque o recurso a tal método poderia acabar por fornecer ao Estado detalhes por demasiado íntimos da vida dos moradores, como, *e.g.*, “em que hora de cada noite a mulher daquela residência toma seu banho ou vai à sauna” (*t.l.*)⁴⁸⁷.

Em *United States v. Jones*, autoridades policiais norte-americanas plantaram um dispositivo de monitoramento com GPS no carro de Antoine Jones e observaram suas movimentações por tanto tempo que a bateria do dispositivo teve que ser trocada. Foram 28 (vinte e oito) dias de monitoramento. Decidiu-se que, ao colocar o aparelho no veículo, o Estado fisicamente ocupou propriedade privada com o propósito de obter informação e, logo, configurou-se uma busca⁴⁸⁸. Ao justificar sua decisão por meio do critério de uma “invasão física” da propriedade, a Suprema Corte norte-americana conseguiu “escapar” de decidir acerca das implicações de um monitoramento por GPS na regra da “expectativa razoável de privacidade” firmada em *Katz v. United States*⁴⁸⁹.

Cabe alertar também para a introdução pela Suprema Corte de um elemento subjetivo na finalidade da busca após o citado julgado *United States v. Jones*. Firmou-se a tese de que só haveria busca se a invasão em propriedade alheia se der “com o propósito de obter informação”. Trata-se de entendimento diametralmente oposto ao adotado anteriormente pela Suprema Corte e que fora o paradigma decisório até então, segundo o qual as intenções dos agentes que entrassem em domicílio alheio eram tidas como

⁴⁸⁶ *Kyllo v. United States* (2001) 533 U.S. 27, pp. 29-30.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 38. No mesmo sentido: DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way ...*, pp. 130-131. Criticando essa decisão e sustentando a constitucionalidade da medida adotada pelos agentes policiais: STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, pp. 60-62.

⁴⁸⁸ *United States v. Jones* (2012), 132 S. Ct. 945, p. 949.

⁴⁸⁹ DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way ...*, p. 139. Como concluem os autores: “*Jones* parece ter esquecido que a invasão que a Corte de *Katz* se preocupou foi a interceptação eletrônica de uma conversa, não a afixação de um dispositivo ‘na parede externa de uma cabine telefônica’ (*t.l.*) (*Idem*, p. 151). Esse precedente da invasão física já refletiu em julgado no ano seguinte, em *Florida v. Jardines*, em que foi decidido que um agente policial não pode se valer de um cão farejador e procurar por drogas em toda as imediações de uma residência sem prévio mandado judicial, uma vez que esse método de obtenção de informação implica invasão física no *curtilage* da casa, ou seja, seu entorno próximo, o qual também é protegido pela Quarta Emenda (*Florida v. Jardines* (2013) 133 S. Ct. 1409).

irrelevantes, uma vez que o problema estava unicamente nos efeitos objetivos de suas ações⁴⁹⁰.

Para Dery III e Evaro, os agentes policiais podem vir a explorar esse requisito adicional de subjetividade da invasão e projetar buscas “fundadas” em motivos outros que não o de se obter informações (e, conseqüentemente, burlar as restrições da Quarta Emenda). Essa justificativa, inclusive, poderia se dar pela simples mudança de foco da efetivação da busca: da investigação criminal para uma prevenção criminal. Nas palavras dos autores: “Os departamentos policiais poderiam acabar com as regras de *Ciraolo* e *Riley* argumentando que voos sobre vizinhanças residenciais por aviões, ou mesmo drones, poderiam ocorrer simplesmente para dissuadir todos os tipos de ilegalidade, em vez de coletar prova contra determinado indivíduo. Esse argumento teria ainda mais crédito com o uso dos drones, os quais podem coletar resmas de informações” (*t.l.*)⁴⁹¹.

Nesse aspecto, a lógica em solo norte-americano é contrária ao que ocorre em nossa ordem jurídica. Como inicialmente dito, a presença de alguma das finalidades listadas no artigo 240, § 1º, do CPP, é um dos elementos autorizadores de um juízo de admissibilidade da busca, restando inválida a busca realizada com propósito diverso.

4.2.2. Busca domiciliar sem prévio mandado judicial.

A busca domiciliar somente poderá ocorrer sem a expedição prévia da ordem do magistrado nas situações previstas no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal. Ainda assim, persiste formalmente em nossa ordem jurídica o artigo 241 do Código de Processo Penal, autorizando as autoridades policial e judiciária a realizarem a medida sem o prévio mandado, artigo este que reputamos inteiramente inconstitucional, como trataremos adiante.

Mesmo nos casos autorizados pela Carta Magna, dada a extraordinariedade da medida, a acusação, quando almejar sustentar a validade de uma busca sem mandado, deve estar preparada para apontar especificamente os fatores comprovadores da situação

⁴⁹⁰ *Whren v. United States* (1996) 517 U.S. 806, p. 813.

⁴⁹¹ *The Court Loses its Way ...*, p. 145.

excepcional, não bastando apontar uma razoabilidade genérica da medida para aquele caso⁴⁹².

4.2.2.1. Previsões constitucionais.

Segundo a Constituição Federal, será admissível a entrada em domicílio sem ordem judicial nas situações em que haja necessidade de prestar socorro, flagrância delitiva ou consentimento do morador.

a) Entrada para a prestação de socorro.

Trata-se de situação em que a própria CF optou por realizar previamente o exame de proporcionalidade, restringindo licitamente aqueles direitos resguardados pela inviolabilidade domiciliar e priorizando, assim, a incolumidade física e mental do indivíduo e, principalmente, a sua vida.

Mesmo presente essa situação de perigo, porém, não podemos deixar de lembrar o caráter excepcional da medida, de modo que a entrada em domicílio alheio deverá ser destinada unicamente ao auxílio daquele (ou daqueles) que precise. Excessos, como a destruição ou apreensão de objetos desnecessários à prestação do socorro, permanecem puníveis e vedados civil e penalmente. Da mesma forma, aquele que auxiliou o morador em perigo não poderá revelar informações íntimas que tenha obtido conhecimento quando da entrada na casa do sujeito.

Na Espanha, apesar de a situação excepcional de prestação de socorro não estar prevista na Constituição Espanhola, noção equivalente vem disposta no artigo 21.3 da Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LO 1/1992)⁴⁹³. Nesse caso, parte da doutrina espanhola acrescenta como requisitos para o legítimo afastamento da

⁴⁹² Nesse sentido: ISRAEL. Jerold H. *Searches without warrants*. In Michigan Criminal Practice, 1-18. Ann Arbor, Mich.: Institute of Continuing Legal Education, 1971, p. 3.

⁴⁹³ Em tradução livre do texto legal: “Será causa legítima suficiente para a entrada em domicílio a necessidade de evitar danos iminentes e graves a pessoas e coisas, em situações de catástrofe, calamidade, ruína iminente ou outros casos semelhantes de extrema e urgente necessidade. Em tais condições, e para a entrada em edifícios ocupados por organismos oficiais ou entidades públicas, não será preciso o consentimento da autoridade ou oficial que os tiverem sob responsabilidade”.

inviolabilidade domiciliar a impossibilidade de se obter o consentimento do titular da garantia e/ou de se obter manifestação judicial em prazo razoável, requisito extensível à nossa ordem jurídica⁴⁹⁴.

b) Entrada em caso de flagrante delito.

Autoriza a entrada em domicílio alheio a verificação do flagrante cometimento de um delito no interior da residência. Essa autorização não é dirigida apenas aos agentes policiais, mas a qualquer pessoa⁴⁹⁵, por interpretação sistemática dos textos do artigo 5º, inciso XI, da CF, e do artigo 301 do Código de Processo Penal, neste dispendo-se que qualquer do povo poderá realizar a prisão em flagrante⁴⁹⁶.

No entendimento que reputamos correto, todavia, as únicas situações de flagrância aptas a fundamentar essa entrada são os casos de *flagrante próprio*, previstos nos incisos I e II do artigo 302 do CPP, que são as situações em que o sujeito é surpreendido cometendo a infração ou quando acaba de cometê-la. Nas palavras de Hélio Tornaghi, “[esse] flagrante sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência. Diz-se que é flagrante não só o que é atual mas ainda o que é patente, inequívoco”⁴⁹⁷.

Para parte da doutrina, portanto, o que autoriza a invasão domiciliar é tão somente a prévia flagrância escancarada e passível de demonstração posterior, posição que também reputamos correta. Suposições ou suspeitas, ainda que fundadas e baseadas em investigações prévias declaradas ou ocultas, devem ser submetidas ao prévio crivo judicial⁴⁹⁸. Ao que conclui Jacobo Quiroga: “A flagrância implica que o fato possa ser

⁴⁹⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 357. No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal espanhol, na STS 682, de 25 de setembro de 2013.

⁴⁹⁵ QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1251.

⁴⁹⁶ Respectivamente: “Art. 5º. (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. O flagrante também está elencado no artigo 18.2 da Constituição Espanhola como uma das hipóteses excepcionais autorizadas da entrada em domicílio alheio sem mandado judicial, juntamente com o consentimento do morador.

⁴⁹⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 48. O inciso III do artigo 302 traz o chamado flagrante impróprio (quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração), enquanto o inciso IV trata do denominado flagrante presumido (quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração).

⁴⁹⁸ Nesse sentido: GODOY, Arion Escorsin de; COSTA, Domingos Barroso da. Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas. *Boletim do IBCrim*,

percebido diretamente pelos sentidos. Para que haja flagrante, não podem surgir problemas indiciários ou de inferências a partir dos fatos, uma vez que [o flagrante] se consubstancia em situações em que o fato se constata de forma direta e imediata” (*t.l.*)⁴⁹⁹.

As demais hipóteses de flagrante contidas no artigo 302 se pautam em presunções, as quais entendemos não serem legítimas para embasar a exceção constitucional em análise⁵⁰⁰. Como conclui Luís Carlos Valois, o flagrante impróprio e o flagrante presumido foram instituídos com o claro e expresso intento de favorecer a atividade repressora do Estado, “permitindo o início do inquérito policial, a prisão mesmo do indiciado resultando da situação de flagrância, mas nunca a violação de uma garantia constitucional”. Portanto, não sendo o caso de flagrante próprio, a autoridade não pode invadir domicílios atrás de supostos autores de delitos sem previamente obter o devido mandado de busca domiciliar⁵⁰¹.

Nessa seara, assevera Jacobo Quiroga que “a autorização constitucional é para entrar, não para buscar”. Segundo o autor, a entrada é tolerada pela necessidade de rapidez na atuação para se impedir a consumação de um delito, mas não existiria razão alguma para que seja fundamentação suficiente de uma busca domiciliar imediata⁵⁰².

Não obstante, não são raras as decisões judiciais no sentido de que a ocorrência dos chamados crimes permanentes, por estes sustentarem uma situação de flagrância contínua, autorizaria a entrada de policiais em domicílio alheio e a respectiva busca domiciliar (e apreensão) sem mandado judicial. Nesses casos, observa-se uma admissão judicial quase irrestrita de narrativas policiais da existência de mera suspeita de crimes permanentes e que não sustentam um caráter de urgência (como é o caso do tráfico de

n. 247, junho de 2013; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal...*, p. 121; ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal...*, p. 124; VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 471. No âmbito jurisprudencial, cita Gustavo Badaró interessante julgado do Tribunal Regional Federal, no qual se decidiu que: “3. Não se pode confundir flagrante com diligências policiais *post delictum*, cujo valor probante, por mais forte que pareça, não se encadeia com elos objetivos, que entrelacem, indissolúvelmente, no tempo e no espaço, a prisão e a atualidade ainda palpitante do crime. 4. O simples encontro da *res* em poder de alguém não consubstancia flagrância” (Processo n. 415.381, DJU 19.9.89, *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 346). Na Itália, entendia Vincenzo Manzini, fundando-se no Código Rocco então vigente, que, em casos de flagrância delitiva e em casos de fuga, os agentes policiais poderiam proceder, ainda que de noite, à busca pessoal ou domiciliária “em qualquer lugar onde tenham fundados motivos para considerar que o investigado ou foragido tenha se escondido, ou que ali se encontrem coisas que possam ser apreendidas” (*t.l.*) – *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 699).

⁴⁹⁹ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1252.

⁵⁰⁰ No mesmo sentido: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1212.

⁵⁰¹ *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 472.

⁵⁰² *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1251.

drogas), o que acaba culminando em medidas invasivas, sem que se proceda à competente análise judicial⁵⁰³.

Ademais, note-se que o Supremo Tribunal Federal chegou a admitir uma inversão do raciocínio constitucional, de modo que se permita uma justificativa *a posteriori* da flagrância delitiva: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente 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”⁵⁰⁴.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, já decidiu que, dizer que nos crimes de natureza permanente o estado de flagrante se mantém não significa dizer que uma vaga suspeita da prática desses crimes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio⁵⁰⁵. De fato, para que se afaste a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, nos casos de flagrante delito, é imprescindível uma situação clara de flagrância, constatada antes da invasão do domicílio. Entendimento diverso contraria a própria noção do que seja o flagrante, como exposto nos parágrafos acima.

De maneira semelhante, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria de Francisco Bruno, em voto do qual tomamos a liberdade de transcrever um trecho: “com todo o respeito, admitir que, em se tratando de crime permanente, a inconstitucionalidade deixa de existir se, por acaso, se encontra algo que a teria justificado

⁵⁰³ Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-11/direito-defesa-buscas-policiais-mandado-parecem-normatizado>; VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 470; MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1335; ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal ...*, p. 124.

⁵⁰⁴ STF – RE 603.616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, j. 05.11.2015. No mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no HC 296.417/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 21.08.2014 e no HC 240.625/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 18.06.2014. Como assevera Luís Carlos Valois, são decisões que, a despeito de imporem um aparente rigor no procedimento, com palavras como “devidamente justificadas” e “sob pena de responsabilidade”, deixam à discricionariedade da polícia a justificação para invadir domicílios, além de, no caso do RE 603.616/RO, o Ministro Relator Gilmar Mendes deixar claro o caráter policial dessa decisão, ao afirmar que “a busca e apreensão domiciliar é claramente uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal” (*O direito penal da guerra às drogas...*, p. 471).

⁵⁰⁵ Apelação 0105880-83.2014.8.21.7000, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, 3ª Câmara Criminal, DJ 08.08.2014. No mesmo sentido: Apelação 03377639820138217000, Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, j. 07.08.2014; Apelação 70051270478, Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, DJ 24.01.2013; Apelação 70051282796, Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, DJ 24.01.2013, todos do TJ/RS.

é eliminar por completo a garantia constitucional: para que esta exista efetivamente, a análise da legalidade de uma busca domiciliar (em sentido amplo) realizada sem mandado judicial tem de ser feita em levando em conta as circunstâncias que existiam antes de que ela ocorresse: havia fundamento legal, sem que se soubesse o que ficou claro depois dela, para que fosse realizada? Se não, onde a garantia? Se um policial acha que determinada pessoa está cometendo um crime, pode violar direito constitucional baseado em mero palpite? Evidente que não; e que por acaso tivesse razão não afasta o flagrante abuso cometido. Parece-me que a teoria do fruto da árvore proibida é consectário lógico e inevitável da garantia”⁵⁰⁶.

Corroborando esta posição, Cleunice Pitombo entende que, no direito brasileiro, em face das restrições vigentes, não é toda e qualquer situação de flagrante, ainda que real, permissiva da entrada em casa alheia, sem autorização judicial. Nas palavras da autora: “É necessário, com vistas a infração penal, estar evidente que: (1) o fato deixou vestígios, ou possível elemento probatório; (2) existe a imprescindibilidade da entrada; (3) ocorre a impossibilidade de preservação do local, até a obtenção da autorização judicial”⁵⁰⁷. A permanência, conclui Alexandre Morais da Rosa, deve ser anterior à violação do direito, “ela deve ser posta, e não pressuposta/imaginada”⁵⁰⁸.

Dessa forma, a invasão policial domiciliar, sem mandado judicial, diante da suspeita da prática de crimes permanentes requer motivação idônea e segura quanto à necessidade, adequação, indispensabilidade e urgência da medida. As suspeitas, fundadas em relatos declarados ou ocultos, ou de crimes em que haja tempo hábil para a obtenção de um mandado, devem ser submetidas a prévia autorização judicial, mediante representação⁵⁰⁹.

Ademais, entendemos que a Constituição Federal, ao incluir a situação flagrancial nas hipóteses excepcionantes da garantia da inviolabilidade domiciliar, estava pretendendo equiparar o flagrante ao desastre, ou seja, pretendia que a quebra da garantia só se desse para evitar um mal maior, para salvar uma suposta vítima de crime. Da mesma forma, quando o artigo 303 do CPP dispõe que “nas infrações permanentes, entende-se o

⁵⁰⁶ TJSP – Apelação nº 0008453-35.2012.8.26.0625 - 3ª. Vara Criminal de Taubaté. Rel. Sorteado Des. Carlos Bueno. Rel. Designado Des. Francisco Bruno, j. 30.04.2015.

⁵⁰⁷ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no Processo Penal brasileiro...*, p. 140.

⁵⁰⁸ *Guia compacto do processo ...*, p. 124

⁵⁰⁹ Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado...*; MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1336.

agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”, só se deveria permitir a exceção à inviolabilidade domiciliar quando esta fosse necessária para salvar uma vítima, o que não acontece, por exemplo, nos casos de crimes de tráfico de drogas normalmente praticados⁵¹⁰.

Na Itália, a busca (pessoal ou domiciliar) autorizada pela situação de flagrância vem prevista no artigo 352 do CPP italiano, o qual prevê sua realização por iniciativa da própria polícia judiciária se a medida se der na fase de investigações preliminares e, além dos casos de flagrância delitiva, após a ocorrência de fuga do imputado⁵¹¹. Segundo Franco Cordero, a evidência do fato criminoso atenua o risco de violação a direitos inerente à perpetração da busca e autoriza sua pronta realização pelo agente estatal nesses casos. Não obstante, lembra o autor que deverá ocorrer sempre aquele juízo de admissibilidade posterior, acerca da legalidade da medida já realizada⁵¹². Não por outra razão, prevê-se que

⁵¹⁰ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 472. E conclui acertadamente o autor: “Imaginando ter a Constituição Federal realmente pretendido autorizar a invasão de domicílio em todas as hipóteses consideradas pelo legislador ordinário como crime permanente, ter-se-ia como possível o absurdo de a polícia poder entrar no lar de qualquer cidadão que possua um CD, um DVD ou qualquer programa de computador copiado sem a autorização do autor (184, § 2º, do Código Penal), independentemente de mandado judicial” (Idem, p. 473). Não olvidamos da extremamente problemática questão do combate às drogas em território brasileiro. Porém, cabe lembrar que, apesar de as últimas décadas terem salientado um aumento nos poderes investigatórios da polícia na persecução desses crimes, nenhum estudo comprova que houve uma redução do consumo de entorpecentes pela população. Trata-se, sabemos, de uma questão muito mais relacionada à política criminal, mas que, por estar envolvendo sucessivas restrições à intimidade e à privacidade das pessoas, direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, merece maiores reflexões. Ainda assim, crítica Luís Carlos Valois que, mesmo politicamente, a autorização a invasão de domicílios permitida pela guerra às drogas é perversa, pois o pobre, a pessoa que tem a casa invadida em nome do combate a essas substâncias, não percebe sequer a sua situação de oprimido, não consegue contextualizar a violação do seu direito, e acaba tomando aquela invasão como natural e ele como uma pessoa com menos direitos ou um ser humano menos importante” (Ibidem, pp. 479-480). Emprestamo-nos, a título conclusivo, das palavras de Trace Maclin: “Claro que os policiais não são culpados pelo aumento no consumo de drogas pela sociedade. Essa crítica não é feita para aprovar o uso de drogas ilegais, muito menos pretende desencorajar os esforços policiais na luta contra o tráfico de drogas. Os agentes policiais, todavia, estão sendo instados a resolver um problema social que está além de seus recursos e expertise para lidarem sozinhos. Ainda assim, a Corte continua fixando ou expandindo os poderes investigatórios para ajudar a controlar o problema das drogas, apesar do aumento das provas de que os esforços tradicionais de persecução penal são ineficientes. Não há prova, no momento, que comprove que um maior aumento do poder da polícia vá impedir o futuro uso de drogas” (t.l.) (*Decline of the Right of Locomotion: The Fourth Amendment on the Streets*. Cornell Law Review 1257, Vol. 75, 1990, p. 1334). No mesmo sentido: OAKS, Dallin H. *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*. The University of Chicago Law Review. Vol. 37, N. 4, 1970, p. 682; ALSCHULER, Albert. *Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic*. University of Chicago Law Review Vol. 75. N. 1365, 2008, p. 1368; VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 467.

⁵¹¹ Nesse sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 372. Tratando dessa previsão no Código Rocco: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 106. Todavia, há tantas leis especiais prevendo hipóteses com requisitos menos rigorosos para a autorização da medida que esse caráter excepcional previsto no CPP italiano vigente resta mitigado. Tonini elenca como exemplos: a busca realizada para a procura de armas; a busca domiciliar com base em violações às leis financeiras; as buscas no âmbito de investigações da criminalidade organizada; as buscas em investigações envolvendo tráfico de entorpecentes; as buscas em edifícios; e as buscas destinadas a combater a imigração ilegal.

⁵¹² CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 106.

a autoridade policial deverá imediatamente comunicar o ocorrido ao Ministério Público, o qual, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, convalidará ou não a busca⁵¹³.

Em Portugal, ao tratar do flagrante delito associado à busca domiciliar no período noturno, ensina Manuel Valente que sua autorização implica que o crime em persecução esteja efetivamente ocorrendo no interior do domicílio do sujeito passivo da busca: “ou seja, não se afigura de acordo com o sentido constitucional consagrado no n.º 3 do art. 34.º da CRP proceder-se à detenção em flagrante delito de um agente de um crime catálogo na via pública e, ato contínuo, proceder-se à busca domiciliária noturna”⁵¹⁴.

Na Espanha, parte da doutrina observa que a jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol construiu um conceito de flagrante apto a embasar o afastamento da inviolabilidade domiciliar firmado em quatro pressupostos: a) imediatidade temporal, quer dizer, que a ação delitativa esteja acontecendo ou tenha acabado de acontecer⁵¹⁵; b) imediatidade corporal, que supõe que o agente seja encontrado no local dos fatos, em uma relação direta com o objeto, instrumento ou produto do delito; c) percepção direta, e não meramente presumida, da situação delitativa; e d) necessidade urgente de intervenção para se evitar a consumação ou exaurimento do delito, ou o desaparecimento dos efeitos do mesmo⁵¹⁶.

⁵¹³ Cabe lembrar que, na Itália, a busca realizada na fase de investigações preliminares pode ser ordenada pelo órgão do Ministério Público vinculado ao caso e, por isso, é sob seu crivo que será examinada a legalidade da medida (artigos 247, § 3º e 370, § 1º do CPP italiano). Na ordem jurídica italiana, o *Parquet* possui estrutura diferenciada da maioria dos países, sendo considerado como integrante da magistratura. Para maiores detalhes acerca da estrutura do Judiciário e processo de investigação italianos, ver: MARAFIOTI, Luca. Italian Criminal Procedure: a System Caught Between Two Traditions. In: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Coord: JACKSON, John; LANGER, Máximo; e TILLERS, Peter. Hart Publishing: Oregon, 2008, pp. 81-98; e TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano...*, p. 250 e ss.

⁵¹⁴ Os direitos e liberdades fundamentais..., pp. 142-143.

⁵¹⁵ O requisito da imediatidade temporal foi bastante trabalhado pelo Tribunal Constitucional espanhol na STC 22, de 10 de fevereiro de 2003 (RTC 2003, 22). No caso concreto, dois policiais inicialmente entraram em um domicílio pois ouviram o chamado de uma mulher, gritando que seu marido a ameaçava com uma arma, além de terem ouvido disparos. Neste momento, a flagrância delitativa legitimou a entrada. Todavia, a efetiva busca domiciliar ocorreu em um segundo momento, após os policiais já terem entrado e constatarem as marcas dos projéteis na casa e os envolvidos já terem abandonado o local. Ao que conclui o referido tribunal: “a busca domiciliar não se produziu nesse [primeiro] momento, senão em outro, posterior, quando os primeiros agentes policiais haviam abandonado o local dos fatos, já haviam levado o recorrente detido e uma segunda unidade da polícia judiciária, autorizada e acompanhada pela mulher e seu filho, apreendeu a escopeta com que se efetuaram os disparos (que se encontrava sob um colchão), além de uma série de armas que estavam no sótão e entre as quais estava uma pistola (...). E, neste segundo momento, pode-se afirmar que já não existia um flagrante delito” (*t.l.*).

⁵¹⁶ Nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 356; QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1253. Os autores citam como

c) *Entrada com o consentimento do morador.*

O juízo de admissibilidade da busca domiciliar realizada com o consentimento do morador pode parecer simples, num primeiro momento, uma vez que a restrição foi autorizada pelo próprio titular da garantia da inviolabilidade domiciliar. Como lembra Quiroga, trata-se da única situação em que, em tese, não haveria lesão ao direito à intimidade (lesão que acaba por ocorrer nos casos de busca com mandado e nas situações excepcionais previstas pela Constituição anteriormente estudadas)⁵¹⁷.

Todavia, por também se tratar de uma situação excepcional prevista na CF, em que a autoridade judiciária só realizará o juízo de admissibilidade depois que a busca já se efetivou, a matéria também merece cautela.

Primeiramente, cabe lembrar que a obtenção do consentimento não exige a autoridade judiciária ou o agente policial executor da medida de explicitar os motivos pelos quais a busca deve ser efetuada⁵¹⁸.

A forma como se dá o consentimento do sujeito passivo da medida de busca domiciliar é questão que suscita dúvidas, podendo sua análise individualizada revelar se houve uma efetiva ocorrência ou não dessa anuência.

Entendemos que o consentimento deve ser expresso e dado por pessoa capaz. Por se tratar de restrição a direito individual, não se pode presumir o consentimento do morador, somente sendo possível a busca sem mandado quando este franquear a entrada em sua residência⁵¹⁹. Consequentemente, havendo incapacidade ou ausência do morador, a medida só poderá ser autorizada por pessoa que possa legitimamente representá-lo.

julgados formadores dessa síntese acerca do flagrante as SSTS de 14 de abril de 1997, de 7 de março de 2000, de 16 de março de 2001 e de 9 de outubro de 2008, além da ATS de 6 de novembro de 2001.

⁵¹⁷ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1210.

⁵¹⁸ FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 162-163. Na doutrina norte-americana, relativizando essa exigência, entende Jerold H. Israel que o consentimento opera um considerável abrandamento no dever de motivar do agente público, inclusive afastando a necessidade de aferição da *probable cause* para a realização de uma busca domiciliar (*Searches without warrants...*, p. 4). No mesmo sentido: DUKE, Steven B. *Making Leon Worse...*, p. 1417.

⁵¹⁹ Nesse sentido: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1211; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 346. Lembra o segundo autor que, em nossa jurisprudência, já se decidiu que “o ônus de comprovar o consentimento do denunciado na entrada dos agentes policiais em sua residência é do Estado” (TRF 2ª Região, RSE n. 2005.51.01.505835-5).

A licença proferida pelo morador para ingresso de terceiro em sua casa ainda pode ser restrita quanto à área e quanto ao propósito⁵²⁰. Assim, aquele que consente pode restringir o ingresso a determinados cômodos da residência, restando violado seus direitos à intimidade e à privacidade caso terceiro adentre aposento não autorizado e, conseqüentemente, será inadmissível o ingresso de elemento eventualmente obtido em seu interior. Da mesma forma, se o agente franquea o ingresso de agentes policiais por estes afirmarem tratar-se de investigação sobre a prática de delito homicídio (que o morador sabe que não cometeu), a procura por objetos não relacionados a tal delito (e sim por delito diverso, que constituía o prévio e real motivo da investigação, mas que não lhe fora informado) e sua eventual apreensão torna inadmissível a prova, uma vez que obtido o consentimento mediante manutenção em erro do titular do direito.

Dado seu caráter restritivo de direito fundamental, àquele que consente com a busca domiciliar deve ser dado, no mínimo, pleno conhecimento das circunstâncias, seus direitos (com uma clara disposição acerca do alcance da inviolabilidade do domicílio), conseqüências do ato a ser realizado e, na esteira da acertada doutrina portuguesa e de parte da doutrina espanhola que trataremos adiante, que seja tal ingerência inequivocamente expressada e devidamente documentada. E mais, nesses casos, a qualquer momento pode o morador interromper o consentimento dado, expulsando os agentes da autoridade de seu domicílio⁵²¹.

Dessa forma, entendemos que a análise da presença ou não de consentimento do morador também deve ser feita interpretando o comportamento do sujeito passivo da diligência autorizada, antes, durante e após a execução da medida, sem deixar de se verificar se os agentes policiais velaram pelo absoluto respeito aos demais direitos fundamentais do imputado⁵²².

⁵²⁰ DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way...*, p. 147. No mesmo sentido já decidiu a Suprema Corte norte-americana em *Florida v. Jardines* (2013) 133 S. Ct. 1409, p. 1416.

⁵²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 523.

⁵²² CUESTA, José Maria Luzón. *Lá presunción de inocencia ante la casación...*, p. 80. O autor cita dois casos julgados pela Suprema Corte espanhola em que a atitude dos agentes estatais, a despeito de ter havido um suposto consentimento do morador, viciou o cumprimento do mandado de busca autorizado. No primeiro caso, relata que “Por outro lado, não se pode considerar que o acesso à casa foi legítimo pelo morador ter dado seu consentimento, de acordo com o que dispõe o art. 551 da lei citada (L.E.Cr.), pois aquele que está detido nas dependências policiais mal pode expressar seu livre consentimento quando é transportado ao seu domicílio pelos próprios ‘inspetores atuantes’ no interrogatório” (t.l.) (Idem, p. 80). No segundo caso, decidiu-se que “considera-se o <<consentimento evidentemente viciado>>, já que foi dado após insistentes chamadas dos policiais à porta e transcorridos uns trinta minutos antes de abri-la” (t.l.) (Ibidem, p. 80).

Nessa seara, entende Aury Lopes Júnior ser imprescindível o mandado judicial para a autorização de uma busca domiciliar na casa de pessoa submetida a prisão cautelar (seja ela temporária ou preventiva), ainda que tenha havido um suposto consentimento. Nesses casos, segundo o autor, o consentimento eventualmente prestado revela-se insuficiente, uma vez que presente forte intimidação ambiental decorrente da situação do imputado⁵²³. Jacobo Quiroga, por sua vez, embora entenda possuir validade o consentimento prestado por pessoa presa, entende que essa manifestação de concordância deve ser proferida depois de o sujeito passivo ter sido devidamente assistido por defesa técnica⁵²⁴.

Na ordem jurídica portuguesa, é interessante apontar, a documentação do consentimento é medida de rigor. Ensina Ana Luísa Pinto que: “Relativamente à forma do consentimento, parece-nos resultar da lei que o mesmo não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. A exigência de consentimento expresso pode retirar-se da

⁵²³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 716. No mesmo sentido: CUESTA, José Maria Luzón. *Lá presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex, 1991, p. 80; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal...*, p. 125. Lopes Júnior corrobora sua opinião com um interessante julgado do Supremo Tribunal espanhol, a qual conclui que, em razão da privação de liberdade que sofre o imputado, há uma intimidação qualificada como *sui generis*, uma vez que o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa, cônjuge, parentes ou bens, não nasce de um comportamento de quem formula o “convite” ou “pedido” de autorização para realizar a busca com o consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental (Idem, p. 716). Em recente decisão, o Magistrado David Pinter Cardoso reforçou a corrente acima exposta, ao considerar que o consentimento fornecido pelo proprietário diante de policiais fardados e armados não constitui livre manifestação de vontade, não bastando, portanto, para fins de entrada na residência quando ausente a situação de flagrância. Segundo consta na decisão, “a garantia do artigo 5º, XI, da CRFB também é violada em casos como o presente, nos quais se consta o consentimento dos moradores. É óbvio que o morador, em área pobre, consentirá com a entrada de policiais que, ademais, estão armados e provavelmente entrariam na residência mesmo com negativa dos moradores” (REDS: 2015.019519225-001).

⁵²⁴ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1234. No mesmo sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 353. Em âmbito jurisprudencial, já decidiu o Supremo Tribunal espanhol que: “no caso de prisão do interessado, somente será possível outorgar validade ao consentimento quando este for prestado com assistência do defensor a que todos têm direito (...) porque a presença do advogado, que intervém precisamente para a defesa dos direitos do preso, configura-se como elemento de legitimidade da autorização concedida e garantidor da liberdade decisória do interessado e de sua informação sobre a dita decisão” (t.l.) (STS 1451, de 26 de novembro de 2003). Entendimento também esposado na STS 41, de 24 de janeiro de 2003, na STS 11, de 16 de janeiro de 2002 e na STS 550, de 3 de abril de 2001. Quanto a essa plena capacidade de se fornecer consentimento diminuir diante de uma intimidação pela presença dos agentes estatais, na Itália há interessante dispositivo, embora referente à busca pessoal (artigos 245, § 1º e 249 do CPP italiano), no qual faculta-se ao sujeito passivo fazer-se assistir por uma pessoa de confiança que seja idônea, possua ao menos quatorze anos de idade e esteja prontamente disponível. Esta pronta disponibilidade deve ser encarada com parcimônia, devendo ser dado à pessoa que sofre a medida um tempo razoável para encontrar e apresentar a pessoa escolhida para assisti-la. *Contrario sensu*, os sujeitos passivos também podem entender ser a medida muito íntima e optar por dispensar ou recusar a presença do assistente ou mesmo de eventual defensor constituído e presente, visando que nem este possa presenciar os fatos. Nesse sentido: CORDERO, Franco. *Procedura Penale...*, p. 828; FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 183-184; TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 372

circunstância de a lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo”⁵²⁵. E continua: “Já no que respeita à forma de documentação do consentimento, o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000 veio pronunciar-se no sentido de que a lei processual penal não exige forma especial (pode ser verbal), bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, de qualquer forma, documentado. A documentação do consentimento verbal pode ser efetuada, por exemplo, através de gravação sonora”⁵²⁶.

Manuel Valente também lembra da dignidade da pessoa humana como baliza na constatação desse consentimento não viciado. Isto porque só é possível falar-se em autodeterminação (um dos conceitos mais incorporados pela doutrina à ampla esfera abarcada pela dignidade da pessoa humana, como visto no item 2.2.1) quando se avoca a autorresponsabilização, de modo que a autêntica liberdade sempre inclui, em si, a vinculação ética: “a vinculação ética de cada pessoa é uma restrição da liberdade, mas esta deixa de ostentar o seu sentido próprio por existir uma restrição meta jurídica, assim como a *autorresponsabilidade* se assume como princípio complementador da autodeterminação, interagindo de forma recíproca; a autonomia da vontade legitima cada um de nós a consentir restrições aos nossos direitos e liberdades pessoais – v.g., consentimento de uma busca domiciliária (...), mas o princípio da dignidade da pessoa humana institui-se como limite de quaisquer consentimentos” (*g.a.*)⁵²⁷.

No mesmo sentido, parte da doutrina espanhola defende, sinteticamente: que o consentimento deve produzir-se em condições de serenidade e liberdade ambiental necessárias para autorizar a invasão de um direito fundamental como a inviolabilidade de domicílio; que, atendendo ao carácter fundamental do direito tutelado, a diligência se inicie com a informação do visado sobre o alcance do direito à inviolabilidade do domicílio e de seus limites, e com uma pergunta clara e concisa sobre se o visado tolera ou não a intromissão; que esteja, presente um advogado, a fim de que se garanta a autenticidade da manifestação de vontade, evitando perguntas capciosas ou sugestivas, bem como qualquer forma de coação ou ameaça; que, entre a solicitação do consentimento e a resposta, por parte

⁵²⁵ PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.

⁵²⁶ *Idem*.

⁵²⁷ Os direitos e liberdades fundamentais..., pp. 130-131.

do visado, este possua um período de tempo suficiente para que refletir com calma sobre o assunto e compreender o significado e alcance da sua resposta⁵²⁸.

Já quanto à necessidade de que o consentimento seja expresso, a jurisprudência e parte da doutrina espanhola já admitiram que tal aquiescência seja tácita, desde que dedutível de atos inequívocos acerca de sua manifestação⁵²⁹. Essa posição é muito influenciada pelo texto do artigo 551 da LECRim⁵³⁰. Para Quiroga, todavia, deve ser afastado tal entendimento. Como bem lembra o autor: “Os direitos fundamentais não existem ou desaparecem em função de o cidadão invocá-los. Os direitos fundamentais não são regidos pelo princípio dispositivo. Ao contrário, todos os poderes públicos devem respeitá-los e defendê-los. Assim, pois, não é possível aceitar consentimentos tácitos ou presumidos” (*t.l.*)⁵³¹.

Nos Estados Unidos, destacamos uma questão peculiar relativa ao consentimento que foi discutida por sua Suprema Corte em *On Lee v. United States* (1952). No referido caso, um velho conhecido de On Lee, o qual sabia que este estava envolvido com o tráfico de entorpecentes, adentrou a lavanderia do futuro réu e o instigou a falar sobre eventuais delitos que praticava. Tal conhecido, todavia, utilizava uma pequena escuta dentro do bolso de seu casaco, de modo que o Departamento de Narcóticos local pôde ouvir toda a conversa⁵³². On Lee foi, então, acusado de auxiliar na revenda de ópio. Um dos argumentos do imputado foi a violação da Quarta Emenda por parte de seu conhecido, o qual só obteve seu consentimento para entrar em sua lavanderia mediante fraude, já que On Lee alegou que não teria consentido caso soubesse que aquela pessoa estava usando uma escuta. Todavia,

⁵²⁸ Nesse sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, pp. 352-353; QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, pp. 1211-1215; PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias...* No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado...*

⁵²⁹ Na doutrina: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, pp. 350-351. Nos tribunais: SSTs de 7 de março de 1997 e de 26 de junho de 1998; e STC 22, de 17 de fevereiro de 1984.

⁵³⁰ Em tradução livre: “Entede-se que presta seu consentimento aquele que, indagado por quem tiver de efetuar a busca e apreensão para que os permita fazê-lo, executa de sua parte os atos que dele dependam para que possam surtir efeito, sem invocar a inviolabilidade reconhecida ao domicílio pelo artigo 6 da Constituição do Estado” (que, hoje, corresponde ao artigo 18.2 da Constituição espanhola).

⁵³¹ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1211. No mesmo sentido também já decidiu a 2ª Sala do Supremo Tribunal espanhol, na STS de 30 de novembro de 2009. O referido autor ainda lembra que a renúncia a um direito garantido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos deve ser inequivocamente comprovada, conforme entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos *Neumeister* (1974), *Le Compte, Van Leuven y De Meyere* (1981), *Albert e Le Compte* (1983), *Colozza* (1985) e *Barberá, Messegué y Jabardo* (1988).

⁵³² *On Lee v. United States* (1952), 343 U.S. 747, p. 749.

esse argumento não foi acolhido pela Suprema Corte norte-americana, uma vez que, para o tribunal, não teria havido qualquer “entrada física” forçada e não consensual, e, logo, “nenhuma violação [de domicílio] teria sido cometida”⁵³³.

Em *United States v. Karo* (1984), debateu-se a questão do consentimento dado pelo prévio proprietário de um objeto monitorado e seus reflexos. No caso em análise, os agentes policiais, com o consentimento do vendedor, implantaram um dispositivo de monitoramento em uma lata de éter, antes desta vir a ser vendida a James Karo, o qual era suspeito de praticar tráfico de drogas. Sabendo que traficantes usam o éter para extrair cocaína de roupas “importadas”, os policiais anexaram o referido dispositivo na lata de éter, a fim de monitorá-la e possivelmente encontrar o depósito da droga⁵³⁴. E se transpusessemos essa questão para a propriedade do domicílio? Poderia o proprietário anterior de um imóvel que sabidamente seria vendido a um investigado autorizar a implantação de câmeras escondidas⁵³⁵? Pensamos que não. Esse consentimento é personalíssimo e só pode ser dado pela pessoa que sofrerá a restrição em sua intimidade. A mudança de proprietário do imóvel ou daqueles que passem a habitar naquela casa invalida consentimento anteriormente prestado e, logo, toda a informação adquirida com as imagens após a mudança do proprietário anterior que consentiu com a instalação das câmeras é inadmissível.

A despeito das considerações acima expostas, na realidade de atuação dos agentes brasileiros, em muitos casos policiais adentram residências particulares sem que presentes quaisquer das situações excepcionais previstas na Constituição, sob o pretexto de terem obtido o consentimento do morador. Parte da doutrina tem apresentado duras críticas a essas diligências. Pierpaolo Bottini e Ana Fernanda Delloso alertam para “algumas práticas policiais de buscas sem mandado judicial que parecem ter se ‘normatizado’, especialmente em casos de suspeita de prática do delito tráfico de drogas”, sob a justificativa de que, neste delito, a situação de flagrância se protraí no tempo (na esteira do também já

⁵³³ Idem, p. 749. No mesmo sentido: DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way...*, p. 123.

⁵³⁴ *United States v. Karo* (1984), 468 U.S. 705, p. 708.

⁵³⁵ A respeito da desnecessidade do ingresso físico dos agentes para a configuração da busca domiciliar, v. item 4.2.1.3.2.

exposto acerca da flagrância delitiva)⁵³⁶. E fazem-no, como pode se imaginar, também sem portar qualquer mandado judicial⁵³⁷.

Reitera-se que a busca e a apreensão são medidas excepcionais e, portanto, merecem análise cautelosa quando da sua execução, visto que alegações como a obtenção do consentimento da pessoa investigada podem acabar por convalidar, na prática, ações policiais que são ilegais em sua origem.

Esse consentimento, também reiteramos, deve ser analisado em cada caso concreto, devendo ser o mesmo real e livre, despido de vícios como o erro, a violência ou a intimidação⁵³⁸, bem como deve ser expresso, nunca presumido, a fim de se evitar abusos da autoridade policial. Nessa seara é que, cético à possibilidade de que haja um efetivo consentimento frente a uma solicitação de entrada feita por autoridades da persecução penal de uma maneira geral, conclui Alexandre Morais da Rosa: “Claro que o argumento seguinte é: *mas o proprietário autorizou a entrada!* Será que alguém acredita mesmo que o conduzido autorizou? Não há verossimilhança, ainda mais com o constante acolhimento dessa prática, mormente em se tratando de crime permanente, como o de tráfico. A prevalecer essa lógica, a garantia do cidadão resta fenecida” (*g.a.*)⁵³⁹.

Crítico da disciplina da busca (e da apreensão) nos países de *civil law*, Mirjan Damaska afirma que regras de exclusão e inadmissibilidade da referida medida em tais

⁵³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado...* Para Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa, estamos diante de “situação em que, pela atuação de agentes públicos, o poder supera o saber, e a violência conservadora do Direito estabelecido ameaça transpor os limites normativos que fazem legítimo seu emprego para a (re) afirmação do sistema que inaugura, tornando-se, assim – ao transpor os limites que se autoinstitui –, violência potencialmente destruidora da própria estrutura jurídica que a reverte para sua conservação” (Desconstruindo mitos...).

⁵³⁷ Situações que se repetem na prática e refletem na jurisprudência, como nos seguintes casos, em que a busca foi realizada sem mandado e fora das exceções constitucionais, sob a alegação policial de que houve consentimento: STF - HC 84.772, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 12.11.2004; STF – HC 70.909, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 25.11.1994; STJ – RHC 3.569-2/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, RSTJ 66/154; STJ – AgRg no REsp 1398920/RS, DJe 17.02.2014; STJ – RHC 39530/PR, DJe 18.09.2013; TJSP – Ap 0017747-27.2011.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. 07.08.2014; TJSP – Ap 0018623-29.2011.8.26.0099, 10ª Câmara de Direito Criminal, j. 14.07.2014; TJSP – Ap 0000127-84.2012.8.26.0270, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 06.05.2014; e TJSP – HC 2025400-94.2014.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 16.04.2014.

⁵³⁸ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 133-134.

⁵³⁹ *Guia compacto do processo penal...*, p. 125. No mesmo sentido: VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 476. Segundo Valois, inclusive, esse tipo de autorização nem deveria ser aceita pelo direito, “uma autorização baseada no medo, na ameaça intrínseca ao que se tornou a atividade policial, circunstância totalmente oposta à sua imagem de garantidora de direitos (Idem, p. 478). No mesmo sentido, ressalta Quiroga, se a pessoa acaba de ser presa em flagrante delito na via pública e presta o referido consentimento, é difícil se admitir que, em tais condições de intimidação, esse consentimento seja válido (*Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1211).

ordens jurídicas são uma raridade, ao ponto de o autor considerar que a aplicação da *derivative evidence doctrine* nesses casos parece uma “fantasia”: “Isso é ainda mais notável em vista de o direito continental da busca e da apreensão ser muito menos restritivo que aquele das jurisdições de *common law* mais comuns. Assim, por exemplo, [parece que nos países de *civil law*] a polícia sempre poderá efetuar uma busca sem mandado se houver ‘perigo na demora’ (*t.l.*)⁵⁴⁰.”

4.2.2.2. A inconstitucionalidade do artigo 241 do CPP.

O Código de Processo Penal prevê outra situação que, em tese, excepcionaria a busca domiciliar da necessidade do mandado. Segundo o artigo 241 do CPP, “Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”.

A doutrina posiciona-se majoritariamente quanto à não recepção da primeira parte do dispositivo mencionado pela Constituição Federal de 1988, o que resulta na ilegalidade da busca promovida por autoridade policial sem mandado judicial, podendo os agentes, ainda, incorrerem nas sanções do artigo 150 do Código Penal ou do artigo 3º, alínea “b”, da Lei 4.898, que trata dos crimes de abuso de autoridade⁵⁴¹.

Já a possibilidade de o próprio magistrado executar a medida é mais problemática. Na Itália, *e.g.*, também há expressa previsão legal autorizando tal procedimento (artigo 247, § 3º do CPP italiano). Para Paola Felicioni, as buscas podem ser executadas pela própria autoridade que autorizou a medida se esta não optar por delegá-la aos agentes policiais. Caso haja essa delegação, porém, a autora afirma que deve ser reforçada a especificação do objeto e do local: “A indicação do objeto da atividade

⁵⁴⁰ *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure...*, p. 522. No mesmo sentido, mas criticando a conduta das próprias autoridades norte-americanas: CALABRESI, Guido. The exclusionary rule. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 26. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2003, p. 113; STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, pp. 47-48.

⁵⁴¹ Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 711; PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 142; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 350; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado...*, p. 518.

investigativa deve ser pontual, propriamente para eliminar uma discricionariedade excessiva de operação da polícia judiciária” (t.l.)⁵⁴².

Concordamos, todavia, com parte da doutrina que afirma ser inconstitucional a busca realizada pela própria autoridade judiciária, dado o evidente comprometimento da imparcialidade do juiz. Consequentemente, viola-se o sistema acusatório e promove-se um verdadeiro juiz que procura provas. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró, “se a autoridade judiciária executar a medida, o juiz estará se transformando em um investigador, cumprindo medidas destinada à obtenção de provas, o que implicará a perda de sua imparcialidade. Não se trata de simples deferimento de um meio de prova, mas da busca de uma fonte de prova diretamente pelo juiz que se transmuda de julgador em investigador”⁵⁴³.

⁵⁴² *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 179. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 371. Observa Felicioni que a Corte de Cassação italiana já decidiu que, em tema de busca domiciliar, o mandado emitido pelo Ministério Público que se limita a individualizar o crime que se investiga somente se referindo aos dispositivos legais violados e, genericamente, ao cometimento de “fatos fraudulentos” e contenha, outrossim, a delegação à polícia judiciária de proceder aos “consequentes atos de apreensão” impossibilita a determinação precisa dos poderes delegados (Idem, pp. 179-180). Quando da vigência do Código Rocco, também entendia Vincenzo Manzini pela possibilidade dessa realização pessoal da busca pela autoridade judiciária, ainda que o fizesse com certas ressalvas. Como ensina o autor: “Quando dizemos que o magistrado pode proceder pessoalmente à busca, queremos dizer simplesmente que ele pode intervir pessoalmente no ato. Mas isso não significa que deva executá-lo também materialmente. Não está proibido, sem dúvida, que o magistrado vasculhe ele mesmo a pessoa sobre a qual recairá a busca ou o lugar onde deve realiza-la, mas isso nem sempre condiz com seu decoro e prestígio, e, portanto, tais atos materiais devem ser executados na presença do magistrado, mas pelos agentes da força pública, quando seu cumprimento exigir operações repugnantes, odiosas, servis ou fadigasas” (t.l.) (*Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 701).

⁵⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 350. No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 723; MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva...*, p. 146; e GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? In: *Boletim do IBCCrim*, n. 30, jun. 1995, p.1. Neste artigo, Grinover traça duras críticas à busca realizada pessoalmente pelo juiz, “porque fere a mais importante garantia do ‘devido processo legal’ que é a imparcialidade do juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual”. Finaliza, enfatizando que “Os juízes brasileiros devem negar-se a cumprir o dispositivo, justificando perante o Tribunal sua posição, em face de sua evidente inconstitucionalidade, que põe em sério risco a imparcialidade, atributo essencial do exercício da função jurisdicional. Os advogados arguirão de inconstitucionalidade a prova assim ilícitamente obtida, tornando-se ela inadmissível e não utilizável no processo. O Ministério Público assumirá, em colaboração com a Polícia, a colheita da prova. E o delegado deverá, como sempre fez, requerer a diligência ao juiz que, autorizando-o, dela encarregará o Ministério Público, em atuação conjunta com a Polícia Judiciária”. Em sentido contrário: BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal...*, p. 407. Como mencionamos, a ordem jurídica italiana também permite expressamente a realização da medida pelo próprio juiz, disposição referendada pela doutrina. Também o membro do Ministério Público pode decretar a realização de busca e apreensão na fase de investigações preliminares, sendo-lhe igualmente permitido executar diretamente a medida (artigos 247, §3º e 370, §1º do CPP italiano). A despeito de não concordarmos com a autorização legislativa de determinação de uma busca por parte de membro do *Parquet*, a este caso não estendemos as críticas acima quanto a eventual execução pessoal pelo representante ministerial de uma busca, dado o caráter parcial que a instituição assume no âmbito da persecução penal. No mesmo sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 72.

A Constituição, para parte da doutrina, prevê um modelo de processo penal que só pode ser estruturado num sistema eminentemente acusatório, uma vez que o processo do sistema inquisitório é incompatível com o devido processo legal. Entende Jacinto de Miranda Coutinho que: “para o processo penal ser devido as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa”⁵⁴⁴.

Mirjan R. Damaska, por sua vez, afirma que, em um sistema acusatório, a proposição e efetivação das provas pode ser moderadamente influenciada pelo juiz. Numa oitiva de testemunha, por exemplo, “ele pode fazer perguntas que ‘clamam por serem feitas’, ou ele pode obter um esclarecimento imediato sobre certos pontos, sob a perspectiva de suas necessidades cognitivas. Mas essa intromissão judicial no desenvolvimento acusatório é necessariamente limitada. Uma intervenção muito extensa pode levar a uma inversão de julgamento” (*t.l.*)⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010, p. 17. No mesmo sentido: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, pp. 331-340; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, pp. 105 e ss.; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal...*, p. 161. No contraposto modelo inquisitório (também chamado de modelo “não adversarial” ou *nonadversary mode*), cabe lembrar, o juiz é ativo, pesquisando fontes e elementos de prova ele mesmo: “A informação não chega até ele [juiz] na forma de duas narrativas direcionadas das partes; ele ambiciona reconstruir diretamente ‘a história toda’” (*t.l.*) (DAMASKA, Mirjan.R. *Presentation of Evidence...*, p. 1090). Sinteticamente, Quiroga elenca como características essenciais do sistema acusatório: separação entre órgão acusador e órgão julgador; sem acusação não há condenação; a condenação não pode extrapolar o conteúdo acusatório (inclusive quanto à qualificação jurídica atribuída ao fato); a proposição e a produção de provas cabem às partes; e a proibição da *reformatio in pejus*. O sistema inquisitório, por sua vez, caracteriza-se: pela atuação de ofício e secreta; pelo emprego sistemático da tortura; pelo confisco de bens; pela averiguação da verdade a qualquer custo; e pelo tratamento do suspeito como um objeto de prova (*Tratado de derecho procesal penal...*, pp. 332-333). Para um estudo comparado em profundidade dos modelos inquisitório e acusatório, ver: DAMASKA, Mirjan R.. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. Unniversity of Pennsylvania Law Review. Vol. 121. N. 121, 1973, pp. 507-587.

⁵⁴⁵ *Presentation of Evidence...*, p. 1090. Ainda que com as expostas diferenças em relação à visão de Miranda Coutinho, também conclui Damaska que: “A essência desse segundo arranjo [leia-se, o modelo acusatório] é óbvia: o julgador é passivo, e as fontes de informação são exploradas por duas partes opostas. As informações sobre os fatos da causa chegam ao julgador na forma de duas narrativas direcionadas pelas partes, que se alternam” (Idem, p. 1091). Nessa seara, Paolo Tonini e Carlotta Conti falam de duas espécies de sistema acusatório, as quais, grosso modo, correspondem às visões de Miranda Coutinho e Damaska recém tratadas. Há um sistema acusatório puro, ou “totalmente dispositivo”, segundo o qual a elucidação do fato histórico cabe inteiramente às partes e somente a estas será atribuída iniciativa processual e probatória: “o juiz poderá apenas sancionar o comportamento da parte e sua iniciativa” (*Il diritto delle prove penali...*, p. 41). Mas há também o sistema “parcialmente dispositivo”, segundo o qual a elucidação do fato histórico cabe às partes, sob um constante controle do juiz, o qual não se limita a sancionar o comportamento daquelas, mas que também poderá suprir a inércia ou os erros dos demais sujeitos do processo. Trata-se do sistema que os referidos autores entendem vigente na ordem jurídica italiana (Idem, p. 41). Na Espanha, Quiroga entende que devem ser afastados os resquícios inquisitórios da ordem jurídica vigente, operando-se esta por um sistema acusatório “totalmente dispositivo” (*Tratado de derecho procesal penal...*, p. 339). Negando a existência de qualquer

Entendemos que essa iniciativa prevista no artigo 241 também foge do âmbito dos poderes instrutórios do juiz que Marcos Zilli entende serem compatíveis com um processo penal acusatório, revelando-se, como dito, verdadeiro ato de investigação. Ensina o autor que instruir e investigar são atos bastante distintos. A investigação é um trabalho de apuração e rastreamento do fato e da provável autoria, informando-se pelo desejo de construir uma afirmação acusatória: “Assim, quem investiga coopera com o desenho da acusação, comprometendo-se, subjetivamente, com os seus termos”. Já a atividade instrutória tem viés diverso, pois está limitada a uma acusação já apresentada: “O seu objetivo é o de pôr a prova a veracidade ou não daquela informação. A instrução leva a uma atividade de confronto entre o inicialmente afirmado e o posteriormente apurado”⁵⁴⁶.

Trata-se, portanto, de norma inválida, da qual deve ser declarada a inconstitucionalidade. Ainda que resquícios do sistema inquisitório se mostrem presentes, a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, conformada à ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório. É a imposição de conformidade das leis processuais penais à Constituição e, portanto, a um sistema eminentemente acusatório.

Nesse sentido, o PLS 156/2009 deixa expresso, em seu artigo 4º, que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Segundo Guilherme Madeira Dezem, além do artigo 4º, há outros dois artigos que acabam por mudar o eixo de aplicação do Código de Processo Penal e que limitam aqueles que ainda não entenderam a sistemática apresentada pela Constituição de 1988 (além, é claro, de reforçarem a tese acerca da ilegalidade da busca realizada diretamente pelo

sistema em estado puro nos dias atuais: DEU, Teresa Armenta. *El proceso debido...*, p. 813. Armenta Deu ainda entende por diferenciar o sistema acusatório do sistema adversarial: o primeiro se situa no plano da necessidade de um órgão específico para a acusação (e daí viria o nome do sistema), diverso daquele que fará o julgamento, e a exigência de imparcialidade do julgador; o segundo tem sua essência no plano do contraditório, referindo-se a um sistema de solução de conflitos fundado na confrontação entre adversários (e daí viria o nome do sistema), entre acusação e defesa (Idem, pp. 830-832).

⁵⁴⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010, p. 19. Para o autor, portanto, não há incompatibilidade entre as iniciativas instrutórias do julgador e o modelo processual acusatório. Uma marcha processual em que cada um dos atores desempenha o seu papel original é compatível com tais iniciativas, desde que complementares à atuação das partes e imprescindíveis para o esclarecimento de pontos relevantes. No mesmo sentido, lembra Gustavo Badaró que não há um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas por iniciativa delas, e não do juiz (*Processo Penal...*, pp. 48-49). Em sentido semelhante e, por sua vez, entendendo pela necessidade de se diferenciar o princípio do livre convencimento e o da livre investigação das provas, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 83.

juiz): o artigo 5º, que fixa os critérios que serão utilizados para a interpretação da lei processual penal (proibição de excesso, máxima proteção dos direitos fundamentais e efetividade da tutela penal); e o artigo 6º, em que se admite a analogia e a interpretação extensiva, sendo vedada, contudo, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais⁵⁴⁷.

4.3. Juízo de admissibilidade da busca pessoal.

Em regra, assim como ocorre com a busca domiciliar, a busca pessoal só pode ser realizada após a expedição do devido mandado judicial. O juízo de admissibilidade dessa busca recairá sobre o atendimento aos requisitos do artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal, o qual, em sua parte final, remete ao § 1º do mesmo artigo. Dessa forma, a busca pessoal só poderá ser realizada quando presentes as “fundadas suspeitas” exigidas pela lei, juntamente com alguma das situações autorizadoras nas alíneas “b” a “f” do artigo 240, § 1º, do CPP, ou, ainda, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida.

Quanto aos objetos das alíneas “b” a “f” do § 1º, remetemos o leitor ao item 4.2.2.3, em que as alíneas mencionadas são detalhadas.

Diversamente o que ocorre com a busca domiciliar, a Constituição Federal não prevê situações excepcionais autorizadoras de uma busca pessoal sem prévia ordem judicial. Como tratamos em itens anteriores, essa busca está protegida pelos direitos constitucionais de respeito à privacidade, intimidade e incolumidades física e moral do indivíduo. Qualquer

⁵⁴⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010, p. 13. O autor ainda lembra que o artigo 4º encontra reforço no artigo 162, parágrafo único, o qual estabelece que será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no artigo 4º: “Vale dizer, a atividade probatória de ofício do magistrado é limitada, em busca de verdadeiro processo de partes, somente podendo o juiz atuar de ofício ao final do processo e, mesmo assim, jamais podendo atuar em substituição ao órgão de acusação” (Idem, p. 13). Criticando a associação da imparcialidade do juiz a uma passividade do mesmo no processo: PIZZI, William. Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body? In: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Coord: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 67. Pizzi, no referido texto, sugere, inclusive, serem necessários mecanismos inquisitoriais para evitar injustiças em um sistema por demasiado adversarial como é o norte-americano (Idem, p. 79).

ingerência estatal nessas esferas deve ser devidamente fundamentada, coadunando-se com a necessidade de mandado judicial para tanto.

Todavia, no plano infraconstitucional, há o problemático artigo 244 do Código de Processo Penal, o qual autoriza a busca pessoal sem mandado e será tratado no item 4.3.2.

4.3.1. Com prévio mandado judicial.

A busca pessoal também demanda, como regra, a presença do prévio mandado judicial para que possa ser realizada. A inerente violação à intimidade e possivelmente à honra do indivíduo demandam uma prévia avaliação judicial, consignada no instrumento do mandado, acerca da presença ou não dos requisitos necessários à realização da medida.

Segundo o artigo 243 Código de Processo Penal, o mandado de busca pessoal deverá: (a) indicar o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; (b) mencionar o motivo e os fins da diligência; (c) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir e; (d) se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

Na Itália, há mandamento legal que entendemos que deveria ser adotado em nossa ordem jurídica, segundo o qual, antes de dar início à busca pessoal, o agente executor tem a obrigação de entregar ao sujeito passivo uma cópia do mandado autorizador da medida, à semelhança do que ocorre numa busca domiciliar. Diversamente, critica-se o fato de a lei italiana não fazer a mesma exigência para a autorização de uma inspeção pessoal. Esta, ainda que mais branda que uma busca pessoal, não deixa de, em alguma medida, restringir a intimidade e a honra do indivíduo. Dessa forma, a possibilidade de que um sujeito tenha direitos individuais restringidos sem uma fundamentação idônea emanada da autoridade judicial e que chegue ao seu conhecimento quando da execução da medida é situação que não deve ser tolerada em um Estado Democrático de Direito⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Nesse sentido: FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 181. Assevera a autora que: “tal falta [da exigibilidade do mandado] deve ser censurada sobretudo em razão do objetivo a ser cumprido em questão, voltado a prover ao sujeito interessado uma imediata valoração da legitimidade da inspeção à luz da motivação escrita no provimento; o resultado é uma anulação do artigo 13, parágrafo 2 da Constituição, o qual prescreve

4.3.1.1. Definição precisa do sujeito passivo.

Assim como ocorre com a definição do local em que ocorrerá a busca domiciliar, exige-se também que a busca pessoal seja autorizada para que incida sobre pessoa previamente determinada. Dessa forma, o mandado judicial ordenando a realização da busca pessoal deverá individualizar a pessoa (ou mesmo mais de uma pessoa, desde que propriamente determinadas) que sofrerá a medida, sob pena de nulidade.

A expressão “ou sinais que a identifiquem” deve ser encarada com cautela, uma vez que entendemos que a presença de um ou outro sinal genérico não seria suficiente para autorizar a medida (como corte de cabelo, estatura, etc.), salvo se se tratar de alguma singularidade do indivíduo descrito (*e.g.*, uma tatuagem com figura determinada e incomum em local visível).

Richard Worf defende a possibilidade de uma autorização genérica para a realização de buscas pessoais pelos agentes estatais em indivíduos inicialmente indeterminados, desde que fundada em critérios objetivos e mediante uma prévia determinação do local (a qual também deverá ser devidamente fundamentada) em que ocorrerão as buscas. Exemplificando: poderia haver uma autorização para que os policiais parassem e efetuassem buscas pessoais a cada dez carros que passassem na rodovia X, km Y, por se tratar de local em que frequentemente ocorre a apreensão de drogas⁵⁴⁹. Evita-se, também, dessa forma, a concessão de uma excessiva discricionariedade ao agente estatal, que muitas vezes mascara preconceitos quando da escolha do sujeito passivo. Todavia, o problema restaria na fiscalização de que, efetivamente, na situação acima descrita, o décimo carro seria sempre aquele a ser parado.

Em *City of Indianapolis v. Edmond*, *v.g.*, a Suprema Corte norte-americana discutiu a possibilidade de uma ordem aos policiais de que parassem um número predeterminado de veículos que trafegassem por um trecho de rodovia específico na busca

que, em matéria de liberdades individuais, a autoridade judiciária deve intervir por meio de ato motivado” (*t.l.*) (Idem, p. 181).

⁵⁴⁹ *The Case for Rational Basis Review...*, p. 43. Em sentido contrário: ISRAEL. Jerold H. *Searches without warrants...*, pp. 9-10.

por drogas⁵⁵⁰, à semelhança do que já havia ocorrido no caso *Michigan Department of State Police v. Sitz* e que fora declarado constitucional⁵⁵¹.

O problema, porém, é que o caso *Sitz* envolvia o combate à embriaguez ao volante, entendendo a Corte ser razoável a pequena intrusão (leia-se, sopragem do etilômetro) operada aos vários motoristas abordados frente aos inúmeros problemas causados por indivíduos alcoolizados. Já o caso *Edmond* envolvia o uso de cães farejadores em todos os carros que eram parados. Embora em um terceiro caso, *United States v. Place*, a Suprema Corte tenha entendido que o uso de cães farejadores não configura uma busca pessoal⁵⁵², por questões diversas o caso *Edmond* teve desfecho diferente. Isto porque, ao contrário das medidas administrativas sancionadoras, a persecução penal não poderia estar legitimada por autorizações genéricas que afetem a intimidade de indivíduos ainda não determinados: “De acordo com a juíza Sandra Day O’Connor, o ponto de inspeção de *Sitz* foi designado primariamente em resposta à ‘necessidade de garantir a segurança das estradas’. Todavia, em *Edmond*, ‘o ponto de inspeção de Indianapolis inquestionavelmente teve o propósito primário de apreender narcóticos ilegais’. O uso de um ponto de inspeção elaborado essencialmente para servir a propósitos de persecução penal seria impróprio”⁵⁵³ (*t.l.*).

⁵⁵⁰ *City of Indianapolis v. Edmond* (2000), 531 U.S. 32.

⁵⁵¹ *Michigan Department of State Police v. Sitz* (1990), 496 U.S. 444.

⁵⁵² *United States v. Place* (1983), 462 U.S. 696.

⁵⁵³ STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, p. 57. No mesmo sentido: DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way with the Global Positioning System...*, p. 130. A Suprema Corte, todavia, é bastante confusa em casos semelhantes. Posteriormente, em *Illinois v. Lidster*, o raciocínio do caso *Edmond*, em tese plenamente aplicável, foi desconsiderado. Em *Lidster*, um ciclista foi atropelado e o autor do atropelamento se evadiu. Poucos minutos depois, realizou-se uma *blitz* policial próxima ao local dos fatos, em que todos os motoristas eram parados e perguntados se possuíam informações acerca do homicídio ocorrido. Ao ser parado, Robert Lidster foi preso por estar dirigindo embriagado. Esse ponto de inspeção de *Lidster* foi elaborado primariamente para a persecução de um crime e operava contra sujeitos passivos genéricos. Logo, pelo raciocínio de *Edmond*, deveria ser ilegal. No entanto, entendeu a Suprema Corte que o ponto de inspeção de *Lidster* envolvia apenas uma “parada para busca de informações”. Decidiu o juiz Stephen Breyer que: “O propósito primário da parada *não* foi determinar se os ocupantes de um veículo estavam cometendo um crime, mas para solicita-los, como membros da população, que ajudassem provendo informações sobre um crime que muito provavelmente teria sido cometido por outrem” (*t.l.*) (*Illinois v. Lidster* (2004) 540 U.S. 419, p. 423). Para uma profunda crítica a essas inconsistências da Suprema Corte, ver: STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, pp. 56-59.

4.3.1.2. Fundamentação idônea da medida.

No que tange à motivação, como já exposto em capítulo anterior, o artigo 240, §2º do Código de Processo Penal dispõe que “*Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior*”. A expressão “fundada suspeita” é bastante criticável. Por fundadas suspeitas entende-se a desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, diferindo, pois, do conceito de fundadas razões, que requer uma maior concretude quanto à presença dos motivos que ensejam a busca domiciliar. Ademais, a suspeita é um estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial seguro⁵⁵⁴.

Parte da doutrina entende que o Código de Processo Penal deveria ter exigido algo mais concreto, como “indícios” ou “fundados indícios”, notadamente no caso do artigo 244, em que franqueia a busca pessoal a autoridades e agentes policiais, prescindindo do mandado judicial⁵⁵⁵. O indício, além da definição prevista no artigo 239 do CPP⁵⁵⁶, é o fato provado, que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato. Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de uma raciocínio indutivo-dedutivo”⁵⁵⁷.

No mesmo sentido, observa Quiroga que a exigência de indícios (ou fundados indícios) seria mais apropriada pois exigiria uma “racionalidade da notícia [fato apurado] e uma probabilidade de sua existência”, sendo vedada sua equiparação a meras conjecturas e estados mentais subjetivos, na esteira da abordagem que realizamos no item 3.5.1: “Por conseguinte, um indício não é, nem pode ser, a simples manifestação policial, se esta não

⁵⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal...*, p. 275. No mesmo sentido, entende Maria Thereza Rocha de Assis Moura que “suspeita é a desconfiança, suposição, perplexidade, uma simples hipótese. Consiste em olhar buscando algo ou pensando algo, porém, intimamente, sem qualquer base objetiva” (*A prova por indício no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 52).

⁵⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 661; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal...*, p. 275. Também entendo necessários “indícios suficientes” para a autorização da busca pessoal: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 371.

⁵⁵⁶ Art. 239 - Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

⁵⁵⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no Processo Penal...*, 1994, p. 38. No mesmo sentido: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...*, p. 125.

vem acompanhada de outros dados que permitam ao juiz valorar a racionalidade de sua decisão, observando-se o critério da proporcionalidade” (*t.l.*)⁵⁵⁸.

Ainda que adotada a expressão legal, a exigência de que essas suspeitas sejam fundadas, na esteira da definição do verbete *fundado* presente no dicionário Houaiss anteriormente apresentada, demanda que a suspeita esteja apoiada em causas fortes, seguras, além de ser motivada. E a motivação de uma decisão não pode se dar com base em critérios puramente subjetivos.

No âmbito dos *standards* probatórios, a fundada suspeita já exige uma maior probabilidade da hipótese acusatória que o *standard* da “preponderância de provas”, mas não entendemos ser tão exigente quanto a “prova clara e convincente”.

A presença do adjetivo “fundadas”, a nosso ver, também demanda que haja uma confirmação sólida da hipótese acusatória, ou seja, exige-se a presença de provas que só possam ser explicadas em seu conjunto caso a hipótese acusatória seja verdadeira para que seja expedido um mandado de busca pessoal. Da mesma forma, havendo confirmação sólida da hipótese de inocência, como prevê o *standard* probatório número 4 proposto por Gascón Abellán, não há que se cogitar a expedição de um mandado de busca pessoal, na esteira do argumentado quando analisamos as fundadas razões no item 4.2.1.2.

A diferença entre os critérios de decisão, então, verifica-se na análise dos argumentos de confirmação e seus elementos, os quais demandam menor probabilidade indutiva para a satisfação das fundadas suspeitas. Todavia, reafirmamos as críticas iniciais do presente item acerca da fragilidade da expressão disposta no texto legal. Entendemos que um *standard* probatório mais exigente deveria ter sido previsto para legitimar medida altamente invasiva como é a busca pessoal, à semelhança das fundadas razões da busca domiciliar, motivo pelo qual há coerência em se admitir apenas a satisfação dos *standards* probatórios números 5 e 6 anteriormente tratados como critérios idôneos para legitimar a expedição de um mandado de busca pessoal.

Em nossos tribunais, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a “fundada suspeita” não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa: “Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por

⁵⁵⁸ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1182. Também foi o entendimento do Supremo Tribunal espanhol, no caso *Naseiro* (ATS, 2ª Sala, 18 de junho de 1992 – RJ 1992, 6102).

configurados na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas de direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”⁵⁵⁹. Dessa forma, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável⁵⁶⁰.

O que se considera a fundada suspeita, na prática, acaba se revelando critério muito menos exigente, principalmente nos casos de busca pessoal sem mandado, como abordaremos no item 4.3.2. A mera confirmação débil da hipótese acusatória já tem sido suficiente para se entender presentes as fundadas suspeitas e autorizar a realização da busca pessoal. O magistrado que autoriza a medida nesses casos, sem qualquer fundamentação para tanto, afasta (ou ignora) o adjetivo “fundada” previsto expressamente no texto legal⁵⁶¹. Tem bastado, portanto, a “mera suspeita”, ou “suspeita razoável”, critério de decisão que entendemos consideravelmente menos exigente que a “fundada suspeita”, por estar “entre a ausência de causa [*no cause*] e a causa provável [*probable cause*]” (*t.l.*)⁵⁶². Note-se que o parâmetro mínimo da mera suspeita (*no cause*) é menos exigente que a “preponderância de provas” a que associamos a fundada suspeita.

Starkey revelou a fragilidade do *standard* probatório em análise nos EUA através de dados empíricos, demonstrando ainda que as buscas pessoais realizadas individualmente (após a constatação dessa “fundada suspeita”) trazem menos resultados positivos à persecução penal que uma *blitz* policial aleatória. Como explicita o autor: “Menos de 6% de todas as buscas realizadas resultaram em posterior prisão [do sujeito passivo], fazendo-nos

⁵⁵⁹ STF – HC 81.305/GO. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.11.2001.

⁵⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 517

⁵⁶¹ Seria o caso, portanto, de trabalhar com os *standards* probatórios de números 1 a 3 (SP1, SP2 e SP3, respectivamente) propostos por Gascón Abellán, em que há apenas confirmação débil da hipótese acusatória (Hc-0,5). A autora afasta, de pronto, SP1, que prevê confirmação débil da hipótese acusatória e confirmação sólida da hipótese de inocência. Utilizá-lo no âmbito processual penal, em suas palavras, chega a ser “inclusive, irracional” (Sobre la posibilidad de formular estándares..., p. 136). Pelo SP2, tanto a hipótese de condenação quanto a de inocência estão debilmente confirmadas, devendo, portanto, ser afastado seu uso, pois não há “sequer uma prevalência da Hc [hipótese de condenação]” (Idem, p. 137). Caso, porventura, admitíssemos o uso da “mera suspeita” para fundamentar um mandado de busca pessoal em nossa ordem jurídica, teríamos de considerá-lo nos moldes do SP3: presença da confirmação débil da hipótese acusatória e, ainda, ausência de elementos de prova que confirmem a hipótese de inocência. Ou seja: Hc-0,5 (exigido) e Hi-0 (tolerado). Mas não foi esta a opção do legislador pátrio, a despeito de a realidade policial e judiciária não corresponder aos termos legais.

⁵⁶² SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel...*, p. 25. Voltaremos a tratar da suspeita razoável no item 4.3.2.

pensar acerca de quão baixo é o nível de exigência para que haja uma suspeita razoável na mente dos policiais do Departamento Policial de Nova Iorque” (*t.l.*)⁵⁶³.

Numa verdadeira mitigação das condições exigidas para a autorização de uma busca pessoal sem mandado, desenvolveu-se no âmbito jurídico norte-americano a prática do chamado *stop-and-frisk* por parte dos agentes policiais. Trata-se da abordagem e revista pessoal feitas sem a presença da *probable cause*. Essa medida seria supostamente justificada pelo forte interesse público de prevenção de crimes, nos casos em que há uma suspeita de que a pessoa abordada cometeu ou está prestes a cometer um delito⁵⁶⁴. Trataremos com maiores detalhes do *stop-and-frisk* no item 4.3.2.

Mais adequadamente, o Código de Processo Penal da Nação argentino, ao tratar da *requiza personal* em seu artigo 230, dispõe que a possibilidade de sua realização está atrelada à necessidade de existirem motivos razoáveis que façam presumir que o suspeito oculta em seu corpo objetos relacionados ao delito⁵⁶⁵. Esta disposição levou a Cámara Nacional de Casación Penal, por sua Sala 2, em 09.06.2006, no caso “Desesar”, a decidir que “Corresponde a declarar a nulidade da busca pessoal efetuada pelos policiais se a mesma se sustentou na exclusiva circunstância de que o indivíduo se encontrava circulando por uma rodoviária carregando malas, pois esta circunstância, por si só, não pode constituir um veemente indicador de suspeita contra ele, uma vez que se trata de atividade usual feita por passageiros” (*t.l.*).

O PLS 156/2009 atende parcialmente às críticas da doutrina. Seu texto alterou o *standard* probatório necessário à autorização da busca pessoal com mandado, passando a exigir “indícios suficientes” para tanto⁵⁶⁶. Todavia, as frágeis “fundadas suspeitas” permanecem justamente no ponto de maior crítica: a busca pessoal sem prévio mandado

⁵⁶³ *A Failure of the Fourth Amendment...*, pp. 146-147

⁵⁶⁴ SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel...*, p. 28. No mesmo sentido: STARKEY, Brando S. *A Failure of the Fourth Amendment...*, pp. 134-135.

⁵⁶⁵ “O juiz ordenará a revista de uma pessoa, mediante mandado fundamentado, sempre que houver motivos suficientes para presumir que oculta em seu corpo objetos relacionados a um delito. Antes de proceder à medida, poderá convidar o investigado a exhibir o objeto que se pede” (*t.l.*) (Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#9>).

⁵⁶⁶ Dispõe o artigo 229 do PLS 156/2009 que: “A busca pessoal será determinada quando houver indícios suficientes de que alguém oculta os objetos que possam servir de prova de infração penal”. O novo critério de decisão também foi adotado para a autorização de uma busca domiciliar, como disposto no artigo 232 do referido diploma e comentado em capítulo anterior (“Proceder-se-á à busca domiciliar quando houver indícios suficientes de que pessoa que deva ser presa ou objetos que possam servir de prova de infração penal encontrem-se em local não livremente acessível ao público”).

judicial⁵⁶⁷. Isto demonstra uma séria inversão de valores do legislador. Como já comentado em capítulo anterior, o critério de decisão para se autorizar uma medida restritiva de direito fundamental deixada ao subjetivismo do agente policial deve ser mais elevado do que aquele exigido para uma medida apreciada pelo juiz e embasada em mandado fundamentado, e não o contrário.

4.3.1.3. Finalidade da medida.

A busca pessoal tem seu juízo de admissibilidade condicionado à consecução de algum dos objetivos previstos no artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal. Este, em um primeiro momento, autoriza a busca pessoal para a procura de arma proibida que se encontre oculta e em poder do sujeito passivo da medida.

Em sua parte final, o referido § 2º também autoriza como finalidade da medida em estudo a procura de algum ou alguns dos objetos mencionados nas alíneas “b” a “f” e “h” do § 1º, também do artigo 240. Detalhamos o conteúdo das alíneas “b” a “f” no item 4.2.1.3 desta dissertação, motivo pelo qual, para evitar repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao mesmo. Ademais, reiteramos também nossas críticas feitas no mesmo item anterior quanto à autorização de uma medida restritiva de direitos fundamentais como é a busca (tanto domiciliar quanto pessoal) embasado no extremamente genérico texto da alínea “h” (“colher qualquer elemento de convicção”).

Estendemos as considerações do item 4.2.1.3 acerca do rol autorizador da busca domiciliar previsto no artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal para a busca pessoal. Para parte da doutrina, lembramos, trata-se de rol taxativo. Diversamente, porém, entende Vincenzo Manzini ser possível a expedição de um mandado de busca pessoal para “apreender tudo o que de útil possa ser encontrado”⁵⁶⁸. Pensamos que esta interpretação acaba por gerar situação bastante semelhante à autorização emanada com fundamento na referida alínea “h” e, portanto, não concordamos com o doutrinador italiano.

⁵⁶⁷ Segundo o artigo 230: “A busca pessoal independerá de mandado no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

⁵⁶⁸ *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 704.

4.3.2. Sem prévio mandado judicial.

Como exposto em itens anteriores, quando da análise permissiva de uma busca pessoal o legislador optou pela expressão “fundada suspeita”, e não pelas “fundadas razões” exigidas na busca domiciliar. Trata-se de modelo de constatação mais frágil que as fundadas razões, uma vez que a suspeita é, na esteira do também já comentado, uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém⁵⁶⁹, enquanto que as fundadas razões demandam uma maior concretude quanto à presença dos motivos que autorizam a realização da medida.

A autorização de uma busca pessoal mediante prévia expedição de mandado judicial é a regra, acompanhada das finalidades determinadas pela lei processual penal, na esteira do exposto no item anterior.

Todavia, excepcionando a imprescindibilidade do mandado, dispõe o artigo 244, do CPP, que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Verifica-se uma clara incongruência normativa entre parte do artigo 244 e o texto do artigo 240, § 2º. Ao eleger o mesmo *standard* probatório para diferentes situações violadoras de direitos fundamentais idênticos, o legislador ignora a regra da proporcionalidade, norteadora de nossa ordem jurídica. Num primeiro momento, exige fundada suspeita para a busca pessoal com mandado judicial. Na sequência, a mesma fundada suspeita é exigida para a busca pessoal sem mandado judicial.

Essa incongruência poderia se revelar apenas aparente caso, na sequência, as situações permissivas fossem diversas (como ocorre com a busca pessoal subsequente à prisão e no curso de busca domiciliar). Todavia, percebemos que a fundada suspeita exigida para a busca pessoal sem ordem judicial diz respeito parcialmente à pessoa que esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Ora, são

⁵⁶⁹ Tratamos com maiores detalhes no item 4.3.1.2 (*Fundamentação idônea da medida*).

situações já previstas no artigo 240, § 2º. As expressões “que alguém oculte consigo arma proibida” e “que a pessoa esteja na posse de arma proibida” não apresentam qualquer diferença prática. Se alguém está na posse de arma proibida, mas não a está ocultando, não estamos diante de “suspeita”, revelando-se, inclusive, desnecessária a busca, podendo ser realizar diretamente a apreensão (assim como a prisão em flagrante).

O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à expressão “objetos ou papéis que constituam corpo de delito”. Dentre outros, os “objetos mencionados nas alíneas ‘b’ a ‘f’ compreendem, como abordado em tópico anterior, coisas obtidas por meios criminosos (alínea b), instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos (alínea c), instrumentos utilizados na prática de crime (alínea d) e, ainda, objetos destinados à prova de infração (alínea e). Ou seja, objetos que constituem corpo de delito⁵⁷⁰.

Dessa forma, se o legislador entendeu ser a busca pessoal menos invasiva que a busca domiciliar, tendo assim optado pelo critério de decisão da fundada suspeita para legitimar a primeira, e exigindo, ainda, a expedição de mandado judicial para possibilitar sua execução, é imperativo que, ao autorizar a mesma medida, com as mesmas finalidades, mas sem a expedição de ordem judicial, faça-se presente *standard* probatório mais exigente, dado o alto grau de subjetivismo na avaliação das autoridades e agentes policiais para a realização da busca pessoal sem mandado.

Portanto, ainda que o texto legal demande apenas a fundada suspeita, fazendo-se uma interpretação lógico-sistemática e atendendo-se à regra da proporcionalidade, para que uma busca pessoal possa ser realizada sem mandado judicial nas hipóteses acima, devem estar presentes, no mínimo, as mesmas “fundadas razões” exigidas para a expedição de um mandado de busca domiciliar⁵⁷¹.

Quanto à busca pessoal realizada no curso de busca domiciliar ou no caso de prisão, sequer tem-se exigido a comprovação da fundada suspeita.

A busca pessoal realizada quando da prisão do indivíduo é fundamentada por questões de segurança do agente executor da medida, além de prevenir a possível destruição

⁵⁷⁰ Sem mencionar que o artigo 240, § 2º, do CPP, inclui a extremamente genérica alínea “h” (“colher qualquer elemento de convicção”), a qual pode muito bem abranger objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

⁵⁷¹ No mesmo sentido: MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1332.

de elementos de prova que o agente possa ocultar consigo⁵⁷². Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal espanhol que a busca pessoal incidente à prisão também se fundamenta por ser considerada uma medida de investigação apta a comprovar a existência de elementos de informação acerca do ilícito investigado. Todavia, ressaltou o tribunal: “as buscas domiciliar e pessoal são atos de investigação ou prevenção cuja realização deve ser documentada e compatibilizada com a necessidade de sua realização e respeito à dignidade das pessoas, o que importará determinadas exigências, como causar as menores moléstias possíveis, realizar a medida em local idôneo e na presença do sujeito passivo” (*t.l.*)⁵⁷³.

O Tribunal Constitucional espanhol, por sua vez, já decidiu que também não é ilegítima a submissão de indivíduos a buscas pessoais no curso de controles preventivos realizados pelos agentes de segurança pública, ainda que sem a prévia existência de indícios da prática de algum delito. Os requisitos para a realização da medida passam a ser apenas a sua previsão legal e o respeito à regra da proporcionalidade e da proibição de arbitrariedade: “de modo que a atuação que a lei autoriza de modo geral apareça racionalmente indicada no caso concreto e se pratique sem exceder-se ao necessário para seu fim, isto é, que não se rompa o equilíbrio entre o direito e sua limitação” (*t.l.*)⁵⁷⁴.

Entendemos que não é qualquer crime que pode autorizar tal medida subsequente, reservando-se a prática da busca pessoal sem mandado para as investigações ou flagrantes de crimes mais graves e afastando-a para os casos em que eventual elemento de prova do crime investigado não poderia ser escondido nas vestes do indivíduo ou mesmo dentro de seu corpo (como a receptação de um veículo, por exemplo). Todavia, trata-se de matéria divergente nos tribunais, com entendimentos no sentido de que o agente estatal pode realizar busca pessoal em qualquer caso de prisão⁵⁷⁵.

Relativamente à busca pessoal no decorrer de busca domiciliar, entende Eugenio Pacelli de Oliveira que as críticas acima perderiam, na verdade, fundamento prático. Isto

⁵⁷² ISRAEL. Jerold H. *Searches without warrants...*, p. 7. No mesmo sentido: LOGAN, Wayne A. *An Exception Swallows a Rule...*, pp. 430-438; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 348.

⁵⁷³ STS de 22 de janeiro de 2002 (RJ 2002, 1845).

⁵⁷⁴ STC 178/1985 (RTC 1985, 178). No mesmo sentido também já entendeu o Supremo Tribunal espanhol (STS de 20 de dezembro de 1993 – RJ 1993, 9580). Para comentários aos julgados, ver: QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, pp. 1270-1271.

⁵⁷⁵ ISRAEL. Jerold H. *Searches without warrants...*, pp. 8-9. Em posição mais restritiva, já decidiu a Suprema Corte norte-americana, em *Henry v. United States*, que qualquer tipo de inspeção em um carro, por exemplo, constitui uma busca pessoal propriamente dita (e não um *frisk*, como veremos) e, portanto, demanda a comprovação de fundadas suspeitas, ainda que realizada incidentalmente a uma prisão (*Henry v. United States* (1959), 361 U.S. 98).

porque a autorização da busca domiciliar já exigiria a prévia constatação das fundadas razões (*standard* probatório mais exigente) que entendemos ser extensíveis à busca pessoal sem mandado. Na visão do autor, como já houve essa prévia análise que demanda maiores elementos de convicção, encontra-se autorizada a subsequente busca pessoal⁵⁷⁶.

Dado seu caráter de excepcionalidade, a abordagem perpetrada para uma busca pessoal sem mandado deve ser a mais breve possível, garantindo-se ao imputado a possibilidade de seguir adiante depois de transcorrido um pequeno período do tempo, além seu direito de se recusar a responder eventuais perguntas⁵⁷⁷.

Nos Estados Unidos, difundiu-se amplamente no âmbito policial a prática do denominado *stop-and-frisk*, o qual constitui, como comentamos anteriormente, a abordagem e revista pessoal feitas sem a presença da *probable cause* e sem prévio mandado judicial.

Tal conduta foi reconhecida como lícita no caso *Terry v. Ohio* (1968), em que a Suprema Corte norte-americana reconheceu o privilégio da autoridade policial para abordar e conduzir uma busca pessoal por armas (o *frisk*) se tiver motivos razoáveis para acreditar que o indivíduo está armado e é perigoso⁵⁷⁸. E esses motivos, todavia, não podem ser genéricos, devendo o policial explicitar os “fatos específicos e articuláveis” (*specific and articulable facts*) que justificaram a intrusão⁵⁷⁹.

A prática do *frisk* se assemelha com as revistas pessoais realizadas rotineiramente pelos agentes e autoridades policiais brasileiros, tendo sua legitimidade sido reconhecida em solo norte-americano por entender a Suprema Corte que a medida não teria a intensidade de uma busca pessoal propriamente dita, visto que estaria limitada aos bolsos externos e regiões superficiais do vestuário do indivíduo⁵⁸⁰. Para tanto, desenvolveu-se a noção da *reasonable suspicion* (“suspeita razoável”) como um dos critérios para sua

⁵⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal...*, p. 323.

⁵⁷⁷ Nesse sentido: *Illinois v. Warlow* (2000), 528 U.S. 119; *Berkemer v. McCarty* (1984), 468 U.S. 420; e *Kolender v. Lawson* (1983), 461 U.S. 352.

⁵⁷⁸ *Terry v. Ohio* (1968), 392 U.S. 1. Como ensinam Eldefonso e Coffey, “a polícia poderá realizar uma busca pessoal no suspeito quando ‘um homem razoavelmente prudente, naquelas circunstâncias, teria convicção que sua segurança ou a das demais pessoas estava em perigo’” (*t.l.*) (*Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement...*, p. 71). No mesmo sentido: ISRAEL, Jerold H. *Searches without warrants...*, p. 7; SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel...*, p. 26.

⁵⁷⁹ MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1328.

⁵⁸⁰ Nesse sentido: ISRAEL, Jerold H. *Searches without warrants...*, p. 7; SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel...*, p. 26. Atentando-se também para a Quinta Emenda, correlata à vedação à autoincriminação, decidiu-se que: “Uma pessoa detida numa parada investigatória pode ser questionada, mas ‘não está obrigada a responder, respostas não podem ser forçadas e a recusa a responder não pode fornecer base para uma prisão’” (*t.l.*) (*Terry v. Ohio* (1968), 392 U.S. 1). No mesmo sentido: *Berkemer v. McCarty* (1984), 468 U.S. 420; *Kolender v. Lawson* (1983), 461 U.S. 352.

autorização. Para Richard Sobel e John Fennel, trata-se de um *standard* que ocupa uma “incômoda posição entre a ausência de causa [*no cause*] e a causa provável [*probable cause*]” (*t.l.*)⁵⁸¹.

Após *Illinois v. Gates*, todavia, o *standard* da *probable cause* passou a ser encarado como um conceito muito mais fluido, que não poderia ser restrito a uma série de regras legais. A *probable cause* passou a requerer, apenas uma “chance provável ou substancial” de criminalidade no caso concreto para a sua configuração, isto caso outras circunstâncias garantam que haja uma suspeita de comportamento criminoso⁵⁸². Diante dessa notável redução na exigibilidade de circunstâncias fáticas para a caracterização da *probable cause*, e considerando que a *reasonable suspicion* é ainda menos exigente que aquele critério de decisão, Trace Maclin entende que não há mais espaço para se justificar uma busca pessoal com base na *reasonable suspicion*, a qual passaria a se revelar um *standard* probatório demasiadamente brando para autorizar restrição aos direitos à intimidade e privacidade⁵⁸³.

A revista pessoal, reiteramos, é sustentada pelas autoridades e agentes policiais como não sendo propriamente uma busca pessoal por parte destes, sob o argumento de que seria menos invasiva e superficial. Trata-se de discussão semelhante à ocorrida em relação à prática do *frisk* e seu respeito ao texto da Quarta Emenda. No próprio julgado *Terry v. Ohio* (1968) foi, a nosso ver acertadamente, decidido que: “Deve ser reconhecido que em qualquer situação em que um policial aborda um indivíduo e restringe sua liberdade de locomoção, ele ‘apreendeu’ essa pessoa. Trata-se de nada além de uma completa distorção da língua inglesa sugerir que um varejamento cuidadoso das superfícies exteriores da vestimenta da pessoa por todo o seu corpo com o objetivo de se encontrar armas não seria uma ‘busca’” (*t.l.*)⁵⁸⁴.

E conclui a Suprema Corte: “Além disso, é simplesmente fantasioso instar que tal procedimento, operado em público, por um policial, enquanto o cidadão resta impotente, talvez virado de frente para um muro e com suas mãos para cima, seja uma ‘indignidade

⁵⁸¹ *Further Down the Road with Hiibel...*, p. 25.

⁵⁸² *Illinois v. Gates* (1983), 103 S. Ct. 2137. Em crítica, no mesmo sentido: KAMISAR, Yale. *Gates, 'Probable Cause', 'Good Faith'...*, p. 558.

⁵⁸³ *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1332. E conclui Maclin: “o *standard* da suspeita razoável também limitou gravemente o direito de locomoção. Em vez de funcionar como um guardião contra intrusões policiais caprichosas e arbitrarias, o *standard* da suspeita razoável permitiu à Corte que fizesse uma deferência à mera intuição e subjetividade policial. Isso, é claro, não foi a intenção da Corte quando adotou um *standard* intermediário para revisar intrusões policiais da primeira vez” (*t.l.*) (Idem, p. 1328).

⁵⁸⁴ *Terry v. Ohio* (1968), 392 U.S. 1, pp. 16-17.

pequena'. É uma intrusão séria à inviolabilidade da pessoa, a qual pode infligir grande indignidade e despertar um forte ressentimento, e não deveria ser tratada sem cuidado” (t.l.)⁵⁸⁵.

Observa Starkey que, apesar de sua autorização estar condicionada à investigação da prática de crimes violentos, o *stop-and-frisk* (e, incluímos, nossa busca pessoal sem mandado) tem sido legitimado pelos tribunais para a investigação de crimes que não demandam o uso de armas para seu cometimento (ou qualquer outra conduta violenta), projetando nos mesmos uma espécie de violência intrínseca atrelada à sua danosidade social⁵⁸⁶. E mais, na prática, o que verificamos no Brasil é que quase qualquer conduta descrita pelo policial como “atitude suspeita” tem sido reputada como validante da prática de uma busca pessoal sem mandado⁵⁸⁷, situação que só realça a fragilidade do *standard* probatório da fundada suspeita. Assim como concluído por Maclin a respeito da *reasonable suspicion*, entendemos também ser a “fundada suspeita”, nos moldes em que a prática policial a tem revelado, *standard* probatório excessivamente brando para restrições a direitos fundamentais.

Essa alta subjetividade decorrente de um frágil *standard* probatório adotado pela lei, somada ao referendo judicial quase automático da medida e às estatísticas levantadas, no caso do Brasil, pelo INFOPEN, leva parte da doutrina a entender ser inevitável uma análise da influência de preconceitos do agente público na efetivação de buscas pessoais sem mandado, notadamente relativos à etnia e à situação econômica do imputado. Nesse sentido, afirma Amar: “Uma completa e apropriada análise da razoabilidade da medida deve estar sensível à possibilidade de execução da medida contra determinado(s) sujeito(s) por questões de opressão racial”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Idem, p. 17.

⁵⁸⁶ STARKEY, Brando S. *A Failure of the Fourth Amendment...*, p. 145.

⁵⁸⁷ No mesmo sentido: CALABRESI, Guido. *The exclusionary rule...*, p. 113.

⁵⁸⁸ *Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1099. No mesmo sentido: LOGAN, Wayne A. *An Exception Swallows a Rule: Police Authority To Search Incident to Arrest*. Yale Law & Policy Review. Vol. 19, N. 381, 2001, pp. 440-441; STARKEY, Brando S. *A Failure of the Fourth Amendment & Equal Protection's Promise: How the Equal Protection Clause Can Change Discriminatory Stop and Frisk Policies*. Michigan Journal of Race & Law. Vol. 18, 131, 2012, p. 135; e MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1335. Nas palavras do último autor: “a sociedade deveria estar igualmente preocupada quando agentes estatais se utilizam de critérios não confiáveis e não comprováveis para forçosamente revistar pessoas que se vistam, tenham aparência, ou modo de locomoção diferente do normal” (t.l.) (Idem, p. 1335). Starkey aponta que, no ano de 2011, os policiais da cidade de Nova Iorque fizeram mais de 680.000 (seiscentos e oitenta mil) abordagens e buscas, sendo que 87% dos indivíduos parados foram negros ou hispânicos, apesar de constituírem pouco mais de metade da população da cidade (*A Failure of the Fourth Amendment...*, p. 135).

Segundo Luís Carlos Valois, se o Estado reluta em adotar certas ações afirmativas, o direito penal é uma ação negativa de encarceramento em massa com cor definida no Brasil. Reflexo disso seria a proporção étnica da população carcerária brasileira: de cada três presos, dois são negros⁵⁸⁹. Os números, claro, não são de se estranhar, uma vez que a proporção apresentada é decorrência natural da atividade prévia de seleção dos sujeitos passivos.

Outrossim, a flagrância da desproporção acima, que há anos se repete nas estatísticas, levou o legislador, quando da promulgação da Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), a ordenar, por força do artigo 53, *caput*, da referida lei, que “*O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra*”.

A dificuldade em se combater práticas discriminatórias só aumenta quando ao próprio sujeito passivo é atribuído o ônus de provar que o agente estatal agiu de maneira preconceituosa. Trata-se da aplicação da chamada *Intent Doctrine* (“Teoria da Intenção”), a qual tem funcionado como uma barreira impeditiva de uma igualdade racial, social ou de gênero (afinal, como se prova, no caso concreto, uma intenção discriminatória?)⁵⁹⁰.

Uma das maneiras de se coibir tais práticas é sugerida por Wayne Logan, qual seja, pela exigência de que haja uma gravação no momento da execução da busca pessoal (ou domiciliar) por parte dos próprios agentes estatais, na qual estes devam também

⁵⁸⁹ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, pp. 633 e 641. O autor se baseia em um Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN de 2014. Nos Estados Unidos, Michelle Alexander enxerga na chamada “guerras às drogas” uma forma de perpetuar uma política estatal racista. Reflexo disto é que cerca de 80% da população carcerária estadunidense ligada à prática do delito de tráfico de drogas é afro-descendente, muito embora a maioria dos usuários e traficantes seja de pessoas brancas. Nas palavras da autora: “A dimensão racial do encarceramento em massa é a característica mais marcante. Nenhum outro país no mundo prende tantos da sua minoria racial ou étnica. Os Estados Unidos prendem um percentual maior de sua população negra do que a África do Sul fez durante o ápice do apartheid. Em Washington, nossa capital da nação, estima-se que três a cada quatro jovens negros (e quase todos eles em vizinhanças pobres) irão passar algum tempo na cadeia. Índices semelhantes de encarceramento também podem ser encontrados nas comunidades negras ao redor do país” (*t.l.*) (*The New Jim Crow...*, pp. 6-7). Alexander ainda conclui que, ao associar a criminalização do comércio das drogas à população negra, houve uma evolução instrumental da segregação, já que é “mais fácil dizer que se odeia um criminoso do que se odeia um negro” (Idem, p. 207). Enxergando e detalhando a mesma política discriminatória em nossa ordem jurídica: VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 638. Com entendimento semelhante: PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro..., p 21. Enfatizando a seletividade do sistema penal à classe social do imputado: XAVIER, Arnaldo. A construção do conceito de criminoso..., pp. 276-278.

⁵⁹⁰ Exemplos clássicos desse ônus atribuído pelos tribunais norte-americanos às minorias podem ser encontrados em *Norris v. Alabama* (1935) 294 U.S. 587, p. 599; e *Charley Smith v. Mississippi* (1896) 162 U.S. 592, pp. 598-598. Em *Norris v. Alabama*, todavia, cabe notar também ter se decidido que, se o réu produziu provas demonstrando que sua etnia tem sido historicamente preterida na composição dos conselhos de sentença, há uma privação *prima facie* do direito à igualdade.

descrever as circunstâncias justificadoras da existência de fundadas suspeitas (ou razões) naquele caso⁵⁹¹.

A alternativa acima mencionada foi colocada em prática nos Estados Unidos no final da década de 1990, tendo se iniciado pela exigência de gravação em mídia de buscas realizadas em veículos, a fim de se averiguar os critérios utilizados para que determinado motorista fosse parado e não outro. Connecticut, Michigan, Carolina do Norte, Ohio e Nova Iorque foram os estados pioneiros na implantação da medida, a qual reputamos acertada⁵⁹².

Luís Carlos Valois assevera que, enquanto nos EUA já há decisões reconhecendo que a discricionariedade policial pode acarretar discriminação racial, no Brasil, a recusa em aceitar que há práticas racistas no sistema criminal deixa um vasto campo para tais atos se perpetuarem: “As pessoas distantes desses locais selecionados [periferias], a elite e a classe média, têm dificuldades (...) de reconhecer as práticas racistas persistentes sustentadas por elas mesmas”⁵⁹³. A medida referente à gravação da medida, a despeito das dificuldades práticas em sua implementação, deveria ser adotada em nossa ordem jurídica. Sabemos do pouco incentivo provido pelo Poder Público aos agentes policiais para que estes desempenhem o básico de suas funções, quanto mais fornecer aparelhos eletrônicos a todas as duplas de policiais que atuam nas ruas e exigir dos mesmos que gravem suas abordagens. Todavia, caso respeitada pelos agentes atuantes, inclusive com previsões de responsabilização administrativa, cível e criminal aos que desrespeitarem o comando, trata-se de medida de indubtável eficácia no controle dessas buscas⁵⁹⁴.

Por outro lado, também deveria ser amplamente divulgada ao sujeito passivo sua permissão para que gravasse a medida por meios próprios. Assim como ao investigado deve

⁵⁹¹ *An Exception Swallows a Rule...*, pp. 440.

⁵⁹² LOGAN, Wayne A. *An Exception Swallows a Rule...*, pp. 441. Na cidade de Nova Iorque, à polícia, em resposta à alegada prática de um *stop-and-frisk* discriminatório, foi imposta a exigência de se documentar a abordagem dos cidadãos e que fosse feita a gravação da medida, além de o agente policial ter de demonstrar concretamente a base fática autorizadora da busca pessoal, anotando-se, por fim, a idade, a raça e o gênero da pessoa abordada, para fins de controle (Idem, p. 441).

⁵⁹³ *O direito penal da guerra às drogas...*, p. 637. Lembra o autor que essas práticas também acabam ocasionando um viés punitivista dos próprios movimentos sociais. A periferia, já massacrada pela ausência do Estado, com maior índice de crimes verdadeiros, os violentos, sem educação que lhe permita refletir e diferenciar as políticas públicas, acaba pedindo mais polícia ao invés de mais escolas, hospitais, creches, saneamento, etc., reforçando o discurso “da lei e da ordem” (Idem, pp. 639-640).

⁵⁹⁴ Por outro lado, cabe pontuar, a gravação também pode ser utilizada em proveito dos próprios policiais, a fim de que estes demonstrem a legalidade da sua atuação. No processo n. 0096746-57.2012.8.26.0050, *e.g.*, após a entrada de policiais militares em sua residência, a esposa do investigado passou a gritar para a vizinhança que estava sendo torturada pelos milicianos durante a execução da busca domiciliar. Os agentes de segurança pública então, passaram a filmar a conduta da citada mulher, ocasião em que os gritos prontamente cessaram.

ser assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), a ele também deve ser assegurado o direito de produzir elementos de prova em seu favor, em legítimo exercício de seu direito de defesa. No caso, demonstrar eventual abusividade e nulidade da medida, e, conseqüentemente, a inadmissibilidade do material probatório dela derivado⁵⁹⁵. Isto também quando da realização da busca domiciliar. Como ensina Akhil Amar, “Os pontos de vista dos cidadãos comuns – especialmente aqueles que especificamente sofrem a intrusão – são altamente relevantes para o balanço da razoabilidade [da medida]” (*t.l.*)⁵⁹⁶.

Ainda que estejamos diante de uma fase investigatória pré-processual, o direito de defesa já existe e pode ser exercitado, uma vez não demanda a existência de ação penal ou de um contraditório efetivo. Nesse sentido, observa André Machado que: “Apesar da estreita relação, contraditório e defesa são direitos autônomos. Enquanto o primeiro pressupõe partes em sentidos opostos, um sujeito imparcial e o exercício do direito de defesa; este existe independentemente do contraditório. Por isso, João Francisco Pontes de Miranda afirma que a contrariedade processual e o direito de defesa são princípios distintos: este começa antes mesmo de se iniciar aquela e pode persistir, como normalmente persiste, para além dela”⁵⁹⁷.

Ademais, como estudado no item 3.4., o direito à prova também comporta um direito à investigação e coleta de elementos de informação. Isso implica, assevera Rogerio Lauria Tucci, na concessão às partes “de idênticas possibilidades de oferecer *e materializar*

⁵⁹⁵ Nessa seara, *e.g.*, permite o artigo 14 do Código de Processo Penal que o imputado requisite diligências à autoridade policial durante o inquérito policial, tratando-se, na classificação proposta por Marta Saad, do chamado exercício endógeno (porque exercido nos próprios autos do IP) do direito de defesa no inquérito policial. Por outro lado, haveria exercício exógeno desse direito quando o investigado se vale de algum remédio constitucional (processando-se, logo, fora dos referidos autos). Para maiores detalhes, v.: SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 269-272.

⁵⁹⁶ *Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1099. No mesmo sentido: LOGAN, Wayne A. *An Exception Swallows a Rule...*, pp. 440-441. Ao mesmo tempo, porém, Amar entende que deve ser afastada a condicionante de legalidade à identificação de uma suspeita individualizada, a fim de que haja, na verdade, uma verdadeira proteção aos direitos fundamentais envolvidos: “Se nós insistirmos que buscas razoáveis devem sempre possuir uma certa quantidade de suspeita individualizada, nós simplesmente recriaremos, em um nível diferente, a mesma abordagem de ‘tudo ou nada’ que irá gerar uma pressão hidráulica em se definir certas buscas como não-buscas, e, assim, erroneamente as isolaremos de uma revisão própria e de razoabilidade de sua intensidade, objetivo, justificativa, imparcialidade, e assim por diante” (*t.l.*) (*Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1104).

⁵⁹⁷ *Investigação criminal defensiva...*, p. 83.

(...) todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados” (g.n.)⁵⁹⁸.

Complementarmente, para que essas gravações feitas pelo imputado sejam efetivamente realizadas na prática, entendemos que também deve ser feita uma ampla divulgação pelo Estado sobre o direito de defesa conferido ao cidadão e o estímulo à reportagem às autoridades públicas em caso de abusos, culminando com uma reafirmação do seu direito de gravar as buscas de que seja sujeito passivo. Caso contrário, o forte efeito intimidatório causado pela presença dos agentes públicos nessas situações acabaria por inviabilizar a ocorrência de qualquer tipo de gravação, em termos semelhantes aos de quando tratamos do consentimento dado pelo pessoa presa para a entrada em seu domicílio (v. item 4.2.2.1)⁵⁹⁹.

Valemo-nos, em conclusão, das palavras de Geraldo Prado: “Com efeito, em um processo penal que se legitima a partir da verdade processual, não de vigorar providências que resguardem de fato o caráter cognitivo da persecução penal, que não se justifica juridicamente quando fundada em impressões pessoais, sentimento ou valores pré-concebidos”⁶⁰⁰.

a) Busca pessoal e radiografias.

De maneira semelhante ao debate ocorrido acerca do uso de aparelhos de medição térmica como configurador de uma busca domiciliar (já que não haveria um ingresso físico dos policiais), foi debatido pelo Supremo Tribunal espanhol se submeter o indivíduo a radiografias configuraria uma busca pessoal restritiva de sua intimidade (já que não haveria contato físico entre policial e sujeito passivo). Em um primeiro momento, entendeu-se que a natureza das imagens providas por uma máquina de raio-X “em nada afeta o pudor [do sujeito passivo], ao menos nas concepções dominantes na sociedade atual, pelo que entendemos que sua utilização pela polícia não requer autorização judicial” (t.l.)⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ *Direitos e garantias individuais...*, p. 227. Com entendimento semelhante: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...*, pp. 86-87.

⁵⁹⁹ Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 716. No mesmo sentido: CUESTA, José María Luzón. *Lá presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex, 1991, p. 80; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal...*, p. 125.

⁶⁰⁰ A quebra da cadeia de custódia..., p. 34.

⁶⁰¹ STS de 18 de janeiro de 1993 (RJ 1993, 123).

Posteriormente, ainda entendendo não ser uma prática violadora da intimidade, o Plenário da Segunda Sala do referido tribunal deu tratamento mais restritivo à prática em análise. Para a submissão do imputado a uma radiografia, deverão estar claramente documentadas: as razões justificadoras de a intervenção recair sobre determinada pessoa; o convite para a submissão ao controle radiológico e sua aceitação, comprovada mediante a correspondente assinatura; e, caso negada a proposta, a consideração do suspeito como em *status detentionis*, com todas as garantias que são inerentes a essa condição⁶⁰².

b) Busca pessoal em automóveis e a problemática “closed container rule”.

Como tratamos no item 4.2.1.1, a Suprema Corte norte-americana considera *container* “qualquer objeto capaz de abrigar outro objeto”, incluindo malas, bolsas e sacolas não transparentes⁶⁰³. Curiosamente, o mesmo tribunal considerou em diversos julgados que os carros não são considerados contêineres aptos a estarem protegidos pela *closed container rule*, tendo a Suprema Corte validado buscas sem prévio mandado judicial de veículos embasada em três supostos motivos: os carros são essencialmente móveis; já há uma extensa regulamentação sobre tráfego e veículos automotores; e que as pessoas teriam uma limitada

⁶⁰² STS 1501, de 2 de outubro de 2000 (RJ 2000, 8719). As garantias a que se refere o julgado são aquelas previstas no artigo 520 da LECrim, destacando-se a explicitação ao sujeito passivo do motivo de sua prisão, a exposição de todos os seus direitos e a presença de um defensor para acompanhar o exame radiológico. No mesmo sentido a STS de 10 de maio de 2001 (RJ 2001, 10309). Em 2015, a polêmica do uso do raio-X foi amplamente divulgada em solo norte-americano. Com uma justificativa de combate ao terrorismo, a polícia nova-iorquina, ao fazer seus patrulhamentos de rotina, valia-se de um tipo de veículo chamado “Z Backscatter Van”. Dotado de um sistema de raio-X de alta tecnologia, a van conseguia inspecionar com precisão cargas de carros, contêineres e trailers suspeitos, além das vestes das pessoas, ou seja, praticavam amplamente buscas pessoais sem mandado. Sua utilização ocasionou o ajuizamento de uma ação civil em face do Departamento de Polícia de Nova York (NYPD), tendo como parte autora a União de Liberdade Civil de Nova York (NYCLU), em que se cobra um pedido de explicações acerca do uso do aparelho, pautando-se, além da problemática questão da intimidade, na possibilidade de a exposição dos cidadãos ao raio-X da van causar danos à saúde. Embora a questão da nocividade tenha sido afastada por exames técnicos, a Suprema Corte do Estado de Nova Iorque decidiu que a polícia não poderia utilizar tal desculpa para fugir da responsabilidade de fornecer informações que não são sigilosas à população, exigindo que o material fosse entregue para apreciação. Segundo o juiz Doris Ling-Cohan: “Embora este tribunal seja consciente e sensível em relação às preocupações com o terrorismo, a marca registrada de nossa grande nação é a democracia, com um governo transparente” (*t.l.*). Também nesse âmbito de restrição da intimidade, lembramos que, na França, em junho do mesmo ano, houve a polêmica aprovação da “Lei Big Brother” pelo Conselho Constitucional francês, em referência ao livro 1984, de autoria de George Orwell, impulsionada pelo atentado terrorista ao editorial *Charlie Hebdo*. Segundo a referida lei, havendo suspeita de atitude terrorista, agentes dos órgãos de inteligência franceses poderiam adotar medidas altamente invasivas da intimidade alheia, sem prévia autorização judicial, como a instalação de câmeras dentro de residências sem o conhecimento dos moradores e até mesmo que se ativassem remotamente as *webcams* de seus computadores para tomar conhecimento do que ocorre dentro da casa. Essa lei, cabe ressaltar, foi duramente criticada pelos órgãos da Organização das Nações Unidas e da Anistia Internacional.

⁶⁰³ STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, p. 49.

expectativa de privacidade dentro de um automóvel que “viaja em vias públicas, onde ambos os seus ocupantes e os objetos em seu interior estão a plena vista” (*t.l.*)⁶⁰⁴.

Essa aplicação diferenciada da teoria aos automóveis gerou (e gera) inúmeros problemas de ordem prática, de modo que as decisões chegam a conclusões diferentes quando falamos de um *container* localizado dentro do carro: nos casos em que os agentes policiais verificam estar presente uma causa provável para se acreditar que elementos de prova podem ser encontradas em algum lugar dentro do carro, eles podem realizar a busca em todo o automóvel e abrir quaisquer *containers* que nele se encontrem. Todavia, se há *probable cause* de que um *container* específico que esteja dentro do veículo abriga elementos de prova, os agentes policiais podem abrir apenas esse *container*, não podendo realizar buscas no interior restante do carro⁶⁰⁵.

Essas diferenças de tratamento entre “*containers* dentro de um carro” e “*containers* fora de um carro”, segundo David Steinberg, também geram anomalias na interpretação da Quarta Emenda e produzem o seguinte paradoxo exemplificativo: “Um suspeito carrega uma pesada maleta. Agentes policiais entendem haver uma causa provável de que há maconha dentro da maleta. Todavia, os agentes policiais não obtiveram um prévio mandado para realizar uma busca na maleta. O suspeito acena para um táxi. O motorista do táxi concorda em guardar a maleta no porta-malas para o suspeito. Este entra no táxi, deixando a maleta na calçada. O motorista do táxi coloca a maleta no porta-malas, fecha-o e dirige. Imagine que os policiais apreendam a maleta enquanto ela está na calçada. Se os agentes realizarem uma busca na maleta sem um mandado (...), a busca será ilegal, e qualquer elemento de prova encontrado dentro dela quase certamente será excluído em um julgamento criminal. Todavia, e se os policiais esperarem até que a maleta já esteja guardada no porta-malas do táxi? Agora que a doutrina da busca em carros pode ser aplicada, a busca sem mandado seria admissível. O Juiz Stevens teve a seguinte reação a tais resultados: ‘Com certeza é anômalo proibir-se uma busca em uma maleta enquanto seu dono a carrega exposta na rua e, ao mesmo tempo, permitir-se uma busca no momento em que o dono guardou a maleta dentro do porta-malas trancado de seu carro’ (*t.l.*).

⁶⁰⁴ *Cardwell v. Lewis* (1974) 417 U.S. 583, p. 590). No mesmo sentido: *Chambers v. Maroney* (1970) 399 U.S. 42, p. 51; e *Cady v. Dombrowski* (1973) 413 U.S. 433, p. 441.

⁶⁰⁵ STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment...*, pp. 54-55).

c) *Busca pessoal no âmbito das buscas administrativas.*

O mesmo raciocínio quanto à superficialidade invocado para autorizar a revista pessoal ou *stop-and-frisk* é comumente estendido às “buscas administrativas” (tratadas em sua vertente ligada à inviolabilidade domiciliar – as *dragnets* – no item 4.2.1.1) afirmando-se possuírem, portanto, um juízo de admissibilidade com requisitos mais brandos, a critério do agente público executor da medida. Correlatas às buscas pessoais, Primus identifica na ordem jurídica norte-americana as buscas administrativas chamadas “buscas em subpopulações especiais” (*special subpopulation searches*).

Tais buscas recaem sobre pessoas que o Estado considera possuidoras de uma expectativa de privacidade menor, de modo que os agentes públicos não precisam de prévio mandado ou constatarem a *probable cause* para efetuarem as buscas. Basta um reduzido nível de suspeita individualizada.

Todavia, verifica-se que essas averiguações acabam por envolver buscas pessoais completas sobre as vestes e pertences das pessoas. Elas carregam consigo a projeção da estigmatização que recai sobre pessoas suspeitas de terem cometido crimes ou que efetivamente já cometeram: “esses encargos que recaem sobre pessoas sujeitos passivos das buscas são agravados no contexto das subpopulações especiais, precisamente porque tais buscas frequentemente miram pessoas, como as beneficiadas pelo *sursis* ou em liberdade condicional, que já são tratadas como marginais ou merecem menos respeito que a população em geral” (*t.l.*)⁶⁰⁶.

Mesmo nesses casos, a Suprema Corte estadunidense entendeu que o prévio mandado e a *probable cause* só seriam dispensáveis em circunstâncias excepcionais, em que, por “necessidades especiais” (*special needs*), além daquelas normalmente presentes na persecução penal, os requisitos do prévio mandado e da *probable cause* se revelem impraticáveis⁶⁰⁷. Posição semelhante, entendemos, deveria ser adotada pelos tribunais brasileiros. Uma ampla admissibilidade das buscas pessoais, ainda quando acabem por revelar a prática de um delito (*e.g.*, encontra-se considerável quantidade de droga com o

⁶⁰⁶ PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, p. 65. No mesmo sentido: MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion: The Fourth Amendment on the Streets*. *Cornell Law Review* 1257, Vol. 75, 1990, p. 1335. Para elucidativa abordagem acerca do surgimento de uma seletividade informal dos sujeitos passivos das buscas e outras medidas invasivas no âmbito da ordem jurídica alemã, ver: LANGBEIN, John H. *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany...*, pp. 439-467.

⁶⁰⁷ Nesse sentido: *New Jersey v. T.L.O.* (1985), 469 U.S. 325 e *Camara v. Municipal Court* (1967), 387 U.S. 523.

sujeito que sofre a medida), acaba por também submeter indivíduos a constrangimentos, em boa parte das vezes, pelo simples fato de habitarem determinado setor da cidade ou possuírem características físicas e econômicas que os investigados pelo sistema penal comumente possuem⁶⁰⁸.

A noção do que seriam as *special needs*, porém, não é de fácil averiguação, o que acabou por levar à sua deturpação em alguns casos, notadamente após crescer nos tribunais norte-americanos um emaranhamento dos conceitos de *special subpopulations searches* e as chamadas *dragnets*, por serem ambas modalidades de busca administrativa: “a Corte frequentemente se encontrou adjudicando casos em que as garantias doutrinárias previamente implementadas para as ‘buscas administrativas’ pareciam deslocadas. Ela respondeu enfraquecendo ou eliminando essas garantias, e, fazendo isso, criando uma doutrina de buscas administrativas que permite invasões governamentais arbitrárias, desnecessárias e altamente intrusivas”⁶⁰⁹.

Nessa seara, acabam sendo as justificativas para a defesa de interesses estatais genéricos, comumente encontradas também em decisões de nossos magistrados, como o combate à criminalidade e a manutenção da ordem pública, invocadas para a autorização de buscas pessoais sem mandado ou fundada suspeita e, ainda, sem quaisquer “necessidades especiais” do caso concreto. Como já advertia Vincenzo Manzini, as buscas pessoais que são autorizadas com meros fins de vigilância e segurança pública, e não para a busca de um delito já cometido e conhecido, ou de que ao menos haja uma suspeita, não possuem qualquer finalidade processual ou de polícia judiciária legítimas⁶¹⁰.

Claro exemplo de arbitrariedade decorrente de uma ausência de efetivo controle das buscas pessoais sem mandado, e de como tais medidas na prática se revelam altamente invasivas, é *People v. Smith* (2009), no qual uma busca *a priori* claramente abusiva foi tida como legal pela Corte de Apelação da Califórnia, embasada em um vago interesse estatal e sem qualquer confirmação posterior no caso concreto. Neste, um policial avistou *Smith*, indivíduo que estava em liberdade condicional, sentado em seu carro, nos fundos do estacionamento de um hotel. Com fundamento num dever geral de evitar a reincidência, o

⁶⁰⁸ No mesmo sentido: MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion...*, p. 1335.

⁶⁰⁹ PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, p. 66. Para maiores detalhes acerca das *dragnets*, ver item 4.2.1.1.

⁶¹⁰ *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 703.

policial abordou Smith sem qualquer mandado, revistou-o, averiguou seu carro e, após nada encontrar, retirou seu cinto e inspecionou sua genitália⁶¹¹.

Outro exemplo: em *Broad of Education v. Earls* (2002), a Suprema Corte norte-americana permitiu que autoridades escolares conduzissem exames toxicológicos regulares em estudantes de ensino fundamental, sem mandado e sem qualquer suspeita de problemas com drogas nas populações locais, com o esdrúxulo fundamento de que os “estudantes participariam de atividades extracurriculares, como corais e fanfarras” (*t.l.*)⁶¹² e que poderiam, durante tais atividades, consumir drogas.

O uso de justificativas genéricas também decorre da mistura de conceitos perpetrada, seja entre as *special subpopulation searches* e as *dragnets*, seja entre as ditas meras revistas e as buscas pessoais. Em quaisquer dos casos, porém, a realização de medidas restritivas de direitos fundamentais, por mais brandos que sejam seus requisitos, deve também estar acompanhada da presença de “necessidades especiais” no caso concreto, as quais impedem a utilização de outra medida menos invasiva, e não podem, acima de tudo, restarem autorizadas por justificativas estatais genéricas ou simplesmente pelo local onde a busca é realizada⁶¹³.

Segundo Eve B. Primus, em vez de declarar que as “necessidades especiais” existem em certos contextos de “reduzida-expectativa-de-privacidade”, de modo que nenhuma busca conduzida em tais casos precise satisfazer a exigência do prévio mandado judicial ou da *probable cause*, os tribunais deveriam questionar se o cumprimento dos requisitos é realmente impraticável no caso concreto.

Assim, ao determinar se poderia ou não ser afastada a exigência do mandado, o julgador deveria considerar quão fácil seria obter o *writ* naquele caso, se alguma outra forma de elucidação dos fatos seria possível (para se evitar uma ação governamental arbitrária) e se circunstâncias exigentes fazem como que mesmo uma pequena demora seja insustentável. Já ao avaliar se os requisitos da *probable cause* ou das fundadas suspeitas poderia ser afastado, o julgador deveria considerar se a pessoa conduzindo a busca consegue entender

⁶¹¹ *People v. Smith* (Ct.App. 2009) 92 Cal. Rptr. 3d 106.

⁶¹² *Broad of Education v. Earls* (2002), 536 U.S. 822.

⁶¹³ Nesse sentido: PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, p. 71. Ao comentar o caso *Broad of Education v. Earls*, lembra o autor que a escola poderia facilmente obter um mandado antes de implementar uma política antidrogas de devassa (*dragnet*) como foi feito, “ainda que seja incômodo ter de providenciar um mandado antes de realizar a busca na mochila de um estudante depois de o professor observar um comportamento que julgue ser uma violação da política antidrogas da escola” (*t.l.*) (Idem, p. 71).

com propriedade o que são os referidos critérios, se ela possui alguma relação com a pessoa que sofrerá a medida e se outro fator naquele contexto indica que a exigência prévia do de algum dos *standards* enfraqueceria a real consecução de algum importante interesse estatal⁶¹⁴.

E conclui Primus: “Buscas em subpopulações especiais envolvem decisões discricionárias que recaem em indivíduos ou grupos de indivíduos determinados, e o governo deveria ter de explicar o motivo de selecionar aqueles sujeitos para suportarem o fardo de sofrerem essas buscas” (*t.l.*)⁶¹⁵.

⁶¹⁴ PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine...*, p. 72.

⁶¹⁵ *Idem*, p. 72. Também reafirmando a necessidade de cautela com a discricionariedade estatal quando da realização de buscas pessoais: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 702; PRADO, Geraldo. *A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro...*, p 21.

5. Juízo de Admissibilidade da Apreensão.

5.1. Noções Introdutórias da Apreensão: conceito, natureza jurídica e objeto da apreensão.

a) Conceito.

Em regra, a apreensão é o ato de retirada de alguma coisa que se encontra em poder de determinada pessoa ou em determinado lugar, a fim de que possa ser utilizada com caráter probatório ou assecuratório de direitos. Para Cleunice Pitombo, trata-se do “ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas – objetos, papéis ou documentos –, de semoventes e de pessoas, ‘do poder de quem as retém ou detém’; tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo”⁶¹⁶.

A apreensão pode ser coercitiva, quando originada de prévia busca; ou espontânea, nos casos de livre apresentação ou exibição da coisa ou pessoa. A diferença entre esses dois pontos é que pautará os respectivos juízos de admissibilidade da apreensão, como veremos adiante.

b) Natureza Jurídica.

O tratamento da natureza jurídica da apreensão revela ainda mais divergência doutrinária do que o da busca, e a abordagem unitária dos institutos pelo Código de Processo Penal só dificulta sua definição.

Parte da doutrina entende se tratar genericamente de uma coação processual penal lícita. Eduardo Espínola Filho, por exemplo, entende se tratar de um meio coercitivo,

⁶¹⁶ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 230. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, Interceptações e Escutas*. 1ª ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 261. De maneira mais resumida, Aury Lopes Júnior conceitua apreensão como uma medida cautelar probatória (apesar de reconhecer a complexidade em se definir a natureza jurídica da apreensão, como será abordado no próximo tópico), pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é ato meio) e ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória – *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 708).

pelo qual é, por lei, utilizada a força do Estado para apossar-se de elementos de prova, de objetos a confiscar, ou da pessoa culpada, ou para investigar os vestígios de um crime⁶¹⁷.

Já Gustavo Badaró e Rogério Lauria Tucci entendem se tratar de meio de obtenção de prova. Nas palavras do segundo, a apreensão é “meio de obtenção de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios”⁶¹⁸.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem se tratar de medida cautelar, realizada normalmente na fase de investigação, e muitas vezes no momento mesmo da prática delituosa ou logo após, em decorrência de perseguição ao autor do crime⁶¹⁹. No mesmo sentido, ressalta Sérgio Marcos Moraes Pitombo que, “a busca e apreensão, muito embora expressem atividade de coação processual real física, porque restritivas de direitos, possuem finalidade cautelar, quando impostas para garantia da instrução criminal”⁶²⁰.

Guilherme de Souza Nucci, assim como faz ao tratar da busca, entende ser a apreensão medida de natureza mista, podendo ser vista tanto como meio assecuratório, como meio de obtenção de prova, ou ambos. Exemplificando, dispõe o autor que a apreensão “pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova”⁶²¹.

Trata-se, portanto, de tema extremamente controvertido na doutrina. Como lembra Aury Lopes Júnior, “a apreensão é suficientemente complexa para ser, ao mesmo tempo, um meio coercitivo de prova, uma medida probatória e até mesmo uma medida

⁶¹⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3 ed. V. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 175.

⁶¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Busca e apreensão (direito processual penal). *Revista dos Tribunais*, n. 515 (67), São Paulo, set. 1978, p. 288. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 370.

⁶¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

⁶²⁰ PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro...*, p. 81. De maneira semelhante, Vincenzo Manzini conceitua a apreensão como um “ato de coerção real que consiste em um limite imposto pela vontade do Estado ao direito de propriedade, limite pelo qual, para fins de prova, inibe-se temporariamente a disponibilidade de uma coisa móvel ou imóvel de outrem, submetendo-a a uma custódia especial” (*t.l.*) (*Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 711).

⁶²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 515.

cautelar real. Tudo vai depender do caso concreto, sem descartar a possibilidade de coexistência desses diferentes fins”⁶²².

Com posição semelhante, Cleunice Pitombo entende ser melhor não classificar, sem reserva, a apreensão como medida cautelar, exceto se a figura, se o modelo da cautelaridade processual penal distanciar-se muito do civil; ou vê-la, apenas, por um de seus aspectos: assecuratório de elemento de prova. Ao mesmo tempo, “o ato de apreender pode conduzir a guardar e conservar elementos sensíveis da infração penal. Às vezes, traz consigo indícios, muito embora tal fato jamais baste para lhe dar exclusiva natureza de meio de prova”⁶²³.

c) Objeto da Apreensão.

O objeto da apreensão é o que se obteve de modo real com a constrição. Segundo Cleunice Pitombo, não se confunde com as coisas móveis, semoventes e pessoas, que são passíveis de serem apreendidas, consistindo, na verdade, no apossamento, em sua concretude ou realidade⁶²⁴.

A apreensão dos objetos poderá se dar após a realização de uma busca pessoal ou domiciliar, ou de maneira espontânea, para casos em que o objeto é entregue às

⁶²² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 723. O Código de Processo Penal italiano, e.g., reflete bem essa complexidade da natureza do instituto, prevendo três tipos distintos de apreensão: a apreensão “probatória” do artigo 253; a apreensão “preventiva” do artigo 321; e a apreensão “conservativa” do artigo 316. Para Paolo Tonini, a primeira modalidade tem natureza de meio de obtenção de prova, enquanto as outras duas seriam medidas cautelares (*Manuale di procedura penale...*, p. 373).

⁶²³ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, pp. 238 e 240. A autora conclui que: “A apreensão, no processo penal, apresenta natureza jurídica variada, multifária. A sua classificação vincula-se à função que se lhe der. Pode, assim, ser cautelar, meio de prova e, ainda, meio de obter prova” (Idem, p. 295). No âmbito do Direito Processual Civil, corroborando com essa dificuldade de enquadramento da apreensão em alguma categoria, lembra Vicente Greco Filho que a expressão “busca e apreensão” é equivocada na linguagem jurídica. É utilizada para o procedimento cautelar, para a ação de busca e apreensão de menor (cuja guarda já estava definida), para a medida executiva que concretiza a execução para entrega de coisa móvel, para o ato que executa a exibição de documento ou coisa e é a denominação da ação de retomada da coisa dada em alienação fiduciária, e, favor da instituição financeira ou do credor (*Direito processual civil brasileiro*, 11ª ed. V. III. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 179). Na Itália, a evidência dessa dificuldade em se determinar a natureza jurídica da apreensão também se reflete na legislação, sendo previstas três modalidades de apreensão no CPP italiano: probatória (artigo 253), preventiva (artigo 321) e conservativa (artigo 316), sendo as duas últimas incluídas no âmbito das medidas cautelares. No mesmo sentido: ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. A disciplina da prova no Código de Processo Penal italiano. In: *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 238.

⁶²⁴ *Da busca e da apreensão...*, pp. 261 e 296.

autoridades pelo investigado ou terceiro, ou, ainda, quando este se encontra em local aberto e de livre acesso⁶²⁵.

5.2. Juízo de admissibilidade da apreensão sem prévia busca.

A apreensão, como mencionado, é medida diversa da busca, com esta não se confundindo. Trata-se de instituto autônomo, de modo que se revela plenamente possível uma apreensão sem uma busca antecedente⁶²⁶. Todavia, a ocorrência ou não de prévia busca influi diretamente no juízo de admissibilidade da apreensão.

A apreensão que sucede busca antecedente tem seu objeto restringido por esta. Na esteira do que será exposto no tópico seguinte, só poderá ser apreendido, em regra, aquilo que foi buscado. O juízo de admissibilidade dessa apreensão, portanto, revelar-se-á na análise de se o objeto apreendido era ou não aquele buscado, admitindo-se ou inadmitindo-se seu ingresso como elemento de informação ou como elemento de prova⁶²⁷.

Diversamente, o objeto da apreensão sem prévia busca é muito mais amplo. Poderá haver apreensão sem prévia busca dos objetos apresentados espontaneamente pelas partes, ou caso o objeto se encontre em local de acesso público, não abrangido pela inviolabilidade domiciliar ou pela intimidade do indivíduo.

Nessa seara, interessante notar que a ordem jurídica italiana prevê a chamada “procura de coisa determinada” (*ricerca di una cosa determinata*) ou “pedido de entrega de coisa determinada” (*richiesta di consegna di cosa determinata*), no artigo 248, §1º do CPP italiano. Apesar de não ser propriamente uma apreensão sem prévia busca, também não se pode falar em uma efetiva ocorrência de busca antecedente. Pelo instituto mencionado, o

⁶²⁵ Nesse sentido: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 112.

⁶²⁶ Além da recorrente diferenciação entre os institutos da busca e da apreensão, o doutrinador italiano Franco Cordero entende necessário também se fazer uma prévia diferenciação acerca dos momentos da apreensão de um objeto e da aquisição de prova. Segundo o autor, elas não se implicam reciprocamente, de modo que “o primeira remove os obstáculos que, de fato, poderiam impedir o segundo; são, assim, possíveis as produções espontâneas [de prova], como uma apreensão não precedida de um procedimento aquisitivo” (*t.l.*) (*Tre studi sulle prove penali...*, pp. 111-112).

⁶²⁷ No mesmo sentido: PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p 296. Não se trata, sabemos, de operação tão simples, havendo discussões doutrinárias e decisões judiciais conflitantes acerca de outros objetos encontrados que não constavam na ordem de busca mas que se relacionam com o delito investigado ou que compõem corpo de delito de crime autônomo. Para maiores detalhes, ver item 5.3.

juiz pode se limitar a “convidar” o imputado a lhe entregar o objeto buscado, antes de determinar qualquer outro ato executório. Se o convite for aceito e a coisa apresentada, não se fará qualquer busca. Todavia, adverte Paolo Tonini que: “Pode ocorrer, porém, que seja necessário conhecer também o lugar onde a coisa estava conservada ou escondida” (*t.l.*)⁶²⁸, caso em que poderá revelar-se necessária a busca.

Não podemos deixar de ter em vista que, mesmo nos casos acima, estamos diante de medida restritiva de um direito fundamental do indivíduo, a qual deve ser interpretada restritivamente e executada de acordo com os preceitos constitucionais. Como observa Vincenzo Manzini: “a apreensão, em si mesma, não deixa de ser um ato de coerção, ainda que aquilo que se apreenda tenha sido voluntariamente apresentado” (*t.l.*)⁶²⁹.

Dessa forma, a apreensão sem prévia busca também deve ser executada com cautela, notadamente na aferição dessa voluntariedade (que pode mascarar uma coerção anterior, por exemplo) e na análise dos objetos apresentados, para que não se apreenda objetos não relacionados ao crime investigado e/ou, ainda, que possam propositadamente ter sido apresentados com o intuito de confundir as investigações.

Em qualquer dos casos, o atributo da *necessidade* do objeto apreendido para as investigações deve sempre ser atendido. Mesmo para os objetos que constituam corpo de delito ou que sejam diretamente a este relacionados, a autorização da apreensão deve estar idoneamente fundamentada de acordo com a finalidade perseguida, sob pena de nulidade da medida⁶³⁰.

Como corretamente sintetiza Cleunice Pitombo, não é “toda e qualquer apresentação que se sujeita à constrição. Há que se verificar os seguintes pressupostos: (1) licitude ou não na obtenção da coisa exibida à autoridade policial ou judiciária; (2) necessidade de retirá-la do poder de quem a retém; (3) imprescindibilidade do apossamento para a instrução criminal”⁶³¹.

⁶²⁸ *Manuale di procedura penale...*, p. 372. No mesmo sentido: FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, pp. 195-196.

⁶²⁹ *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 699.

⁶³⁰ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 374.

⁶³¹ *Da busca e da apreensão...*, p 297.

5.3. Juízo de admissibilidade da apreensão precedida de busca.

Como introduzido no item anterior, o juízo de admissibilidade da apreensão precedida de busca encontra-se restringido por esta. Isto porque o próprio objeto da apreensão sobre o qual recairá o juízo também é restringido pela busca. Todavia, a questão não se esgota nessa afirmação.

Além propriamente da coisa buscada, adverte Paolo Tonini que poderão ser apreendidos outros objetos relacionados (ou “pertinentes”) com aquele delito investigado. Segundo o autor, o qual adere a posição firmada pela Corte de Cassação italiana, a noção de objeto relacionado com o delito não pode ser restrita à *res* utilizada para o cometimento do mesmo, ou que seja seu preço, produto ou lucro: “mas se estende também àqueles indispensáveis seja à verificação de todos os modos de preparação e execução do crime, seja à conservação de seus vestígios ou à identificação do culpado, incluindo-se a questão de seus motivos” (*t.l.*)⁶³².

Da mesma forma, num viés de atenuar a rigidez da apreensão precedida de busca àqueles objetos consignados no mandado, os norte-americanos desenvolveram a chamada *plain view doctrine* (“doutrina da plena vista”). Esta configura exceção tanto à particularidade (ou especialidade) quanto à necessidade de prévio mandado para a autorização de uma apreensão subsequente à busca, permitindo que os agentes executores da medida apreendam itens não previstos no mandado se aqueles entraram legalmente no domicílio onde o objeto será apreendido e este se encontra “a plena vista”. Todavia, exige-se também que o envolvimento com a prática de crime do objeto (elemento de prova) a ser apreendido seja “imediatamente aparente”⁶³³.

⁶³² *Manuale di procedura penale...*, p. 371. Franco Cordero ainda trata de um poder que ele denomina “captura real” (*fermo reale*), conferido genericamente aos agentes policiais incumbidos de realizar uma busca, traduzido numa “precautela que implica o uso de uma certa dose de coerção, mas que ainda não se traduz em uma apreensão; uma medida voltada a assegurar a possibilidade de legitimação da captura por um sucessivo provimento judicial” (*t.l.*) (*Tre studi sulle prove penali...*, p. 115). Na prática, não há que se falar em diferença entre o *fermo reale* e o *sequestro* (apreensão), mas o autor ressalta que “na forma, os dois atos se equivalem; a diferença juridicamente apreciável se colhe no fato que a apreensão da coisa por parte de um policial ou outro agente estatal constitui, no primeiro caso [*fermo reale*], o prelúdio de uma eventual cautela a ser proferida pelo magistrado” (Idem, p. 116).

⁶³³ TREPPEL, Samantha. *Digital Searches, General Warrants...*, p. 125. Para uma aplicação em caso concreto da *plain view doctrine*, ver: *Horton v. California* (1990) 496 U.S. 128, pp. 136-137 e *Ark. Chronicle v. Easley* (E.D. Va. 2004), 321 F. Supp. 2d 776, pp. 793-794.

Nessa seara, observamos que não raramente os agentes policiais, durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, também se deparam com objetos relacionados a crimes diversos daquele para o qual a diligência foi autorizada. Ainda é possível que se descubram novos autores ou partícipes do crime investigado. Há, outrossim, a possibilidade de serem encontrados objetos que, por si mesmos, constituam corpo de delito de crime autônomo. Em quaisquer dos casos, estaremos diante dos chamados conhecimentos fortuitos ou descobertas fortuitas, ponto que continua suscitando divergência doutrinária e jurisprudencial.

Variados critérios são apontados pela doutrina acerca da admissibilidade ou não desses elementos. Há autores que defendem a inadmissibilidade absoluta, outros sustentam uma admissibilidade relativa (de acordo com a existência ou não de conexão ou continência entre o crime investigado e o elemento fortuitamente descoberto) e há, ainda, parte da doutrina que pugna por uma admissibilidade ampla desses encontros acidentais.

Embora, em alguns casos, os autores abordados tratem do encontro fortuito no âmbito das interceptações telefônicas, entendemos que as considerações a seguir expostas podem ser aplicadas às apreensões precedidas de busca, motivo pelo qual pertinente sua abordagem⁶³⁴.

a) Pela Inadmissibilidade.

Quando estudados os requisitos do mandado de busca, notamos a necessidade prevista no inciso II do artigo 243 do Código de Processo Penal de, além dos motivos da diligência, constar no mandado os fins da mesma. Estes dizem respeito à identificação da pessoa ou coisa a ser buscada, delimitando com precisão o objeto da busca e da subsequente apreensão. Com isso, evitar-se-iam abusos ou devassas desnecessárias e exorbitantes⁶³⁵.

Assim como deslegitima a prática dos abusivos mandados genéricos, a regra da especialidade da prova, regente da busca e da apreensão, impõe que os objetos alcançados por estes meios de obtenção de prova sejam somente aqueles destinados à comprovação do

⁶³⁴ Tendo-se em vista, ainda, como abordamos anteriormente, a lição de Ada Pellegrini Grinover, de que a interceptação telefônica equivale a uma apreensão imprópria, sendo “uma operação técnica através da qual se permite a apreensão dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica” (*Provas ilícitas...*, pp. 262-263).

⁶³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal...*, p. 277.

crime sobre o qual aquela investigação recai. Como ensina Cleunice Pitombo, “a busca, ou procura, não surge aleatória, indeterminada ou indeterminável, mas se vincula com o que importa para a originária persecução penal, que ensejou a ordem de busca”⁶³⁶.

A apreensão de elementos não relacionados com o crime investigado violaria a garantia do ato motivado da autoridade judiciária sobre esse fato fortuitamente descoberto, em relação ao qual falta o controle jurisdicional sobre a existência das “fundadas razões” da prévia busca.

Assim, caso precedida de busca, o objeto da apreensão será somente aquele que foi autorizado buscar. Fora destes casos, em regra, o juízo de admissibilidade da apreensão que extrapolar o disposto no mandado de busca será negativo.

b) Pela Admissibilidade.

Para essa corrente, a restrição à vida privada e à intimidade, direitos fundamentais protegidos pela inviolabilidade de domicílio, já ocorre quando o juiz autoriza o ingresso na casa do investigado ou a revista da pessoa, quer dizer, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos⁶³⁷. Segundo Fábio Motta Lopes, por se tratar de uma atividade lícita do Estado, amparada em decisão judicial que autoriza o ingresso em domicílio, é possível a apreensão de coisas localizadas pela polícia judiciária ocasionalmente, até porque o CPP não teria estabelecido um rol taxativo no artigo 240⁶³⁸.

⁶³⁶ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão...*, p. 109. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas...*, p. 661; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, pp. 718-719; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...*, p. 416. Exemplifica o último autor: “a busca e apreensão domiciliar é permitida (cf. art. 5º, XI, da CRFB c/c art. 240 do CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais do art. 243 do CPP. Se no mandado constar que o objeto a ser apreendido é uma arma de fogo não poderá ser apreendida uma camisa suaj de sangue nem qualquer outro instrumento que não conste no mandado, sob pena de colheita de prova irregular. Do contrário, de nada vale a regra constitucional da inviolabilidade do domicílio” (Idem, p. 416).

⁶³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal...*, p. 323. Por uma admissibilidade desses elementos fortuitos, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “A sentença de pronúncia pode ser fundamentada em indícios de autoria surgidos, de forma fortuita, durante a investigação de outros crimes no decorrer de interceptação telefônica determinada por juiz diverso daquele competente para o julgamento da ação principal” (REsp 1.355.432-SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma, j. 21.08.2014).

⁶³⁸ O encontro fortuito de provas durante buscas domiciliares. In: *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 220, março/2011, pp. 14-15.

c) Admissibilidades Relativas.

Diversas posições doutrinárias são encontradas sustentando uma admissibilidade relativa acerca da apreensão de objetos descobertos fortuitamente.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes se posicionam favoravelmente ao aproveitamento da prova fortuitamente conhecida, mas desde que esta esteja relacionada a crime de igual ou maior gravidade que aquele para o qual a busca foi autorizada⁶³⁹. No mesmo sentido, Luiz Torquato Avoglio entende pela admissibilidade dessa modalidade probatória, desde que referente à descoberta de coautores e partícipes do crime já investigado⁶⁴⁰.

Geraldo Prado, por sua vez, apesar de defender a possibilidade de apreensão e aproveitamento da descoberta fortuita independentemente de conexão ou continência entre os crimes, ressalva o caso em que a persecução penal do crime descoberto se der mediante ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação, pois, nestes casos, o início de investigação dependeria de manifestação de vontade da vítima. Nas palavras do autor: “se o crime não é de ação pública incondicionada, a vontade da vítima funciona como requisito de admissibilidade da atuação do poder público, atuação igualmente voltada à investigação (artigo 5º, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal). Sem a manifestação da vítima não haverá investigação”⁶⁴¹.

Já Damásio E. de Jesus entende que a prova fortuitamente obtida por meio de interceptação telefônica não pode ser utilizada, pois “a solicitação (arts. 2º, parágrafo único,

⁶³⁹ *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

⁶⁴⁰ AVOGLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179. Têm a mesma orientação Vicente Greco Filho (*Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 34-35) e Damásio E. de Jesus (*Interceptação de comunicações telefônicas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 735, jan. 1997, p. 467). Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes também admitem o aproveitamento da prova em relação a pessoa não mencionada na autorização judicial, desde que ligada ao delito que está sob investigação (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 177).

⁶⁴¹ PRADO, Geraldo. *Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 62. Raciocínio semelhante apresenta o doutrinador italiano Franco Cordero: “Suponha-se, por outro lado, que emergja fortuitamente a prova de fato investigado, ou a notícia de outro fato criminoso que se ignorava, acerca dos quais o Ministério Público não pode deixar de promover a ação penal: se apreendido o resultado [nesses casos], resta difícil sustentar que o poder cautelar foi invalidamente exercido” (*t.l.*) (*Tre studi sulle prove penali...*, p. 113).

e 4º) e a autorização (art. 5º), que exigem descrição pormenorizada da situação etc., devem ser interpretadas restritivamente” (critérios que, como mencionamos, são extensíveis à apreensão que sucede a busca)⁶⁴². A solução, segundo o autor, teria que passar pela solicitação de novas diligências, estas sim visando à investigação de outro delito.

Com entendimento semelhante, partindo da premissa de que os requisitos de validade da busca e da apreensão devem ser conciliados com o poder-dever estatal de prevenir e reprimir o cometimento de infrações penais, conclui Cleunice Pitombo sobre a questão dos encontros fortuitos: “Em decorrência, pode-se afirmar que a apreensão de coisa encontrada ao acaso, sem relação com o fato investigado, resultante de busca legal, não pode ser realizada de pronto. Melhor que a autoridade policial preserve o lugar, providenciando a autorização judicial para que a tomada se concretize em plena legalidade”⁶⁴³.

Aury Lopes Júnior também possui visão bastante cautelosa acerca da admissibilidade da descoberta acidental, sustentando existir um ilegal desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime e utilizada para a punição de outro. Nas palavras do renomado doutrinador: “Quando se desvia o foco da investigação de um fato certo e determinado para abranger qualquer tipo de ilícito que eventualmente tenha praticado o réu, opera-se no campo do substancialismo inquisitorial”⁶⁴⁴. O objeto descoberto fortuitamente pode até servir como *notitia criminis*, ou como um elemento indiciário para o início da investigação do outro delito, mas não será “a” prova deste crime, que deve ser construída de forma autônoma.

Discordando da maioria da doutrina, o autor também entende ser inadmissível que uma diligência restritiva de direito fundamental possa ser utilizada para incriminar terceiros não investigados.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em processo em que foi autorizada interceptação telefônica para apurar crimes de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção ativa e passiva e evasão de divisas, que, em face do artigo 5º, X, da CF, a quebra do sigilo não poderia prejudicar terceiros não investigados (vale dizer, o produto da interceptação telefônica não poderia ser contra estes utilizado, pois

⁶⁴² JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 735, jan. 1997, p. 467.

⁶⁴³ *Da busca e da apreensão...*, p. 297. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

⁶⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 586.

violaria a especialidade e vinculação da prova). Assim, “a quebra do sigilo não poderia implicar devassa indiscriminada, devendo circunscrever-se aos nomes arrolados pelo Ministério Público como objeto de investigação no inquérito e estar devidamente justificada”⁶⁴⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, admitiu a descoberta fortuita de terceira pessoa pelo crime de corrupção ativa, em interceptação telefônica (medida também regida pelo princípio da especialidade da prova) autorizada para investigar um funcionário público por corrupção passiva. Para o referido tribunal, “é lícita a prova de crime diverso obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação”⁶⁴⁶.

Parte da doutrina admite ser a descoberta fortuita um caso de ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou de busca domiciliar autorizada, mas sustentando que nem toda prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita. O critério orientador da admissibilidade ou não desses descobrimentos passa a ser a existência de nexo entre o crime autorizado e o crime descoberto.

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini são defensores dessa posição, sustentando que, se o fato objeto do encontro fortuito é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, será válido como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto. *Contrario sensu*, ensina Vicente Greco Filho, ao tratar das interceptações telefônicas, que estas não valerão como meio probatório: a) seja em relação ao encontro

⁶⁴⁵ STF – Informativo 450 (27 de novembro a 1º de dezembro de 2006). Do corpo do voto do Ministro Celso de Melo: “A ruptura da esfera da intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos” (STF – Inq. 2.245 AgR/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Rel. p/ o acórdão Min. Carmen Lúcia, j. 29.11.2006).

⁶⁴⁶ STJ – HC 33.462/DF. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.09.2005. No mesmo sentido: STJ – HC 33.553/CE. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 11.04.2005.

fortuito de fato não conexo; b) seja quanto a fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado⁶⁴⁷.

Adotando-se o critério da conexão, surge o problema quanto à delimitação do grau de conexão necessário para que a prova seja admitida como válida.

Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini admitem a validade da descoberta se se tratar de fato delitivo conexo com o investigado, mas adicionando a necessidade de ser de autoria do mesmo sujeito passivo da medida. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se de prova nula⁶⁴⁸.

Na abordagem da conexão e sua relação com a especialidade da prova, Aury Lopes Júnior expõe seu receio quanto à utilização da primeira como critério para o aproveitamento ou não das descobertas fortuitas, devido à abertura do conceito de “conexão” e os eventuais abusos que podem decorrer se utilizarmos a sistemática do artigo 76 do Código de Processo Penal.

Em seu artigo 76, inciso I, o CPP dispõe que a competência será determinada pela conexão “se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras”. Trata-se de situação que a doutrina denomina conexão intersubjetiva, interessando para o presente estudo a segunda parte do dispositivo mencionado, qual seja, a conexão intersubjetiva por concurso. Esta, por sua vez, exige o acordo prévio, o liame, a comunhão de esforços e a conjugação de vontades entre os agentes na prática das infrações distintas. Neste caso, como ensina o citado autor, “além de se reunirem os crimes, também há reunião dos agentes, tudo para simultaneidade de processo e julgamento. Logo, a busca e apreensão da casa de um dos corréus pode gerar material probatório em relação a todos, reunidos por força do concurso de agentes”⁶⁴⁹. O autor, então, abre exceção à sua posição de que terceiro não pode ser alcançado pela descoberta fortuita, mas ressalva que não estamos diante de um “terceiro”, mas de um corréu,

⁶⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22. Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini sustentam que essa terceira pessoa mencionada pode ser tanto quem se comunicou com o investigado quanto quem utilizou a linha telefônica, embora não fosse o investigado (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 194). Com entendimento semelhante: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional...*, pp. 109-110).

⁶⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica...*, p. 193-194.

⁶⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 590.

que é parte no processo. Deste modo, a prova passará a integrar o processo e poderá ser utilizada a favor ou contra ambos os réus⁶⁵⁰.

Os inciso II e III do artigo 76 do Código de Processo Penal, por sua vez, dispõem que a competência será determinada pela conexão “se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas” (denominada conexão objetiva ou teleológica) e “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração” (denominada conexão probatória ou instrumental).

Ao tratar dos descobrimentos fortuitos, deve-se fazer leitura bastante restritiva dessas hipóteses de conexão, as quais são muito abrangentes, especialmente a conexão probatória. Nesta, o interesse probatório vai muito além de qualquer relação de prejudicialidade penal, permitindo um amplo espaço de discricionariedade judicial. Dessa forma, somente poderão ser aproveitados os descobrimentos fortuitos em casos de conexão evidente, vale dizer, exige-se a demonstração da real existência dos elementos que constitutivos da conexão⁶⁵¹.

Posição singular também possuem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que, ao contrário da grande maioria dos autores, dão soluções diversas acerca do encontro fortuito de provas decorrente de uma interceptação telefônica do encontro decorrente de uma busca e subsequente apreensão. À primeira, reconhecem que inevitavelmente serão captados todos os diálogos, sejam eles relativos ou não aos crimes e pessoas definidos pela ordem judicial autorizadora da medida, de modo que sua admissibilidade deve ser flexibilizada. Já quanto à busca e à apreensão, entendem os autores que apenas devem ser admitidos como casos de encontro fortuito de outras provas as hipóteses de flagrante delito⁶⁵².

⁶⁵⁰ Essas considerações devem ser estendidas aos casos de continência previstos no artigo 77, inciso I, do Código de Processo Penal, que trata da chamada continência concursal ou por cumulação subjetiva. Ou seja, a continência também comporta desvio causal, pois a prova obtida de um dos réus passará a integrar o processo no qual também figuram os corréus.

⁶⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 590-591.

⁶⁵² Em seu exemplo doutrinário: “Assim ocorre nos casos em que, deferida a busca e apreensão de determinado objeto em local específico, encontram-se também nesse mesmo local objetos cuja posse por si só já constitui crime permanente (armas, munições, substâncias entorpecentes, cadáver etc.), o que gera a situação de flagrância excepcionada pelo art. 5º, XI. Do contrário, se o objeto for apenas prova de crime, não poderá ocorrer a apreensão, que dependerá de nova ordem judicial a ser requerida pela autoridade policial” (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 621).

O texto do PLS 156/2009 indica uma propensão do legislador pela vertente que se opõe ao amplo aproveitamento dos encontros fortuitos. Poucas foram as alterações sofridas pelo artigo 234 do “Novo CPP”, mas dentre elas podemos identificar uma mudança no inciso II dos artigos equivalentes. Enquanto o CPP vigente dispõe, em seu artigo 243, que “O mandado de busca deverá: II – mencionar o motivo e os fins da diligência”, o artigo 234 do PLS 156/2009 reza que “O mandado de busca será fundamentado e deverá: II – mencionar os motivos, a pessoa e os objetos procurados”. O novo texto é mais detalhado e específico que o atual, exigindo-se a individualização do objeto a ser procurado e apreendido. Dessa forma, prestigia-se a especialidade da prova e, ao nosso ver, revela uma tendência de restrição ao aproveitamento das descobertas casuais ou fortuitas.

5.3.1. Disciplina das descobertas fortuitas em ordens jurídicas estrangeiras.

Em âmbito europeu, norte-americano e latino-americano podemos identificar variadas soluções acerca do tratamento desses encontros casuais, as quais, inclusive, se alteraram ao longo dos anos. Alguns países possuem expressas disposições legislativas sobre o tema, a exemplo, em território latino-americano, de México e Argentina⁶⁵³. Em outros países, a legislação é omissa, como ocorre na Espanha.

a) Portugal.

O artigo 178 do CPP português de 1987 dispõe que “serão apreendidos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir à prática de um crime, os que constituírem seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objetos que

⁶⁵³ Segundo o artigo 224, inciso IV, do Código de Processo Penal da Nação argentino: “Se, em estrito cumprimento da ordem de busca, sejam encontrados objetos que evidenciem o cometimento de um delito distinto daquele que motivou a ordem, proceder-se-á à sua apreensão e se comunicará ao juiz ou fiscal interveniente” (t.l.) (Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#9>). Discordando desse aproveitamento, em decorrência da regra da especialidade da prova: TAPIA, Juan Franciso. *Descubrimientos accidentales...*, p. 673. No México, o Artigo 66 do Código Federal de Procedimientos Penales, por sua vez, dispõe que: “Se, ao se praticar uma busca, resultar o descobrimento casual de um delito distinto daquele que a motivou, far-se-á constar na ata correspondente, sempre que o delito descoberto seja daqueles em que há persecução de ofício” (t.l.) (Disponível em: www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-cpp.pdf)

tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova”⁶⁵⁴.

Essa redação bastante ampla fez com que alguns doutrinadores, dentre eles Manuel Valente e Manuel da Costa Andrade, se posicionassem por uma admissibilidade geral de apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos no domínio específico das buscas (que, por não terem um catálogo como as interceptações telefônicas, não sofreriam restrições)⁶⁵⁵. Nas palavras do primeiro: “A discussão em torno dos conhecimentos fortuitos relevam, sobremaneira, no plano das escutas telefônicas, por ser unânime a sua quase irrelevância no plano (...) das buscas e apreensões, meios de obtenção de prova tradicionais, que, por um lado, devem, por regra, ser operacionalizados por autorização ou ordem judicial e, por outro, ou por razões de legítima defesa, de direito de necessidade, estado de necessidade ou conflito de direitos e deveres ou por preencherem a tipicidade das medidas cautelares de polícia podem ser operacionalizadas sem a prévia autorização ou ordem judicial sob condição de posterior e imediata comunicação, apreciação e validação judicial”⁶⁵⁶.

b) Espanha.

Assim como ocorre em nossa ordem jurídica, também no Direito espanhol não há uma regulamentação legal referente às descobertas casuais ou fortuitas. Tomás López Fragoso, em artigo tratando do assunto, adota o critério de admissibilidade fundado na conexão, mas fazendo a ressalva de que, como a legislação é omissa, é imperativo que se faça uma interpretação restritiva sobre a possível utilização desses elementos⁶⁵⁷.

O autor lembra ser de suma importância determinar o grau de conexão que deve estar presente entre o fato delitivo descoberto casualmente e o fato objeto do processo ou da

⁶⁵⁴ Disponível em: <http://cpp-portugal.blogspot.com.br/>. De maneira semelhante, há o Parecer do Conselho Consultivo da PGR portuguesa n. 28/2008, dispondo que os agentes de polícia municipal, “relativamente às infrações às normas regulamentares cuja fiscalização lhes está cometida, que revistam natureza de contra-ordenações, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 48.º -A do Decreto -Lei n.º 433/82, podem ordenar a apreensão dos objectos que serviram ou estavam destinados a servir para a prática de tais ilícitos, ou que por eles foram produzidos, e bem assim quaisquer outros que forem susceptíveis de servir de prova” (disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=).

⁶⁵⁵ Respectivamente: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 97; e ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra, 1992, p. 277.

⁶⁵⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Conhecimentos fortuitos...*, p. 97.

⁶⁵⁷ “Los descubrimientos casuales...”, pp. 83-84.

investigação. O órgão judicial deverá, então, sempre atentar para a regra da proporcionalidade, valorando, no caso concreto, a limitação de um direito fundamental frente a importância dos descobrimentos que se pode obter. Exemplificando, afirma o autor que seria utilizável a descoberta fortuita quando ela for imputável ao mesmo sujeito passivo da medida autorizada e quando também for conexa ao crime investigado. Por outro lado, não seria utilizável o elemento encontrado fortuitamente que se refira a uma situação delitativa completamente distinta daquela investigada e imputável a terceira pessoa⁶⁵⁸.

Especificamente em relação às buscas domiciliares, havia uma linha jurisprudencial na Espanha que sustentava uma ampla proteção pelo princípio da especialidade, de modo que as descobertas obtidas que não guardassem relação com os objetos buscados continuariam amparadas pelo direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, não podendo ser apreendidas e utilizadas, salvo se houvesse consentimento do sujeito passivo ou uma ampliação do objeto do mandado judicial que autorizou a medida coercitiva⁶⁵⁹.

Entendimento semelhante é o de Jacobo Quiroga, segundo o qual: “Em nossa opinião, deve existir uma plena correlação entre a motivação do mandado e o encontrado [e apreendido], pois, se não fosse assim, isto é, se não se exigir a dita correlação, não faria sentido sustentar que vige em nossa ordem jurídica o princípio da proporcionalidade e um adequado quadro de garantias” (*t.l.*)⁶⁶⁰. No mesmo sentido, invocando a especialidade da prova, observa Echarri Casi: “a decisão judicial se outorga para uma investigação específica e determinada, quer dizer, é uma decisão especialmente outorgada para dado objeto concreto de investigação e para nenhum outro” (*t.l.*)⁶⁶¹.

Essa ampliação dos itens que podem ser apreendidos, também lembra Quiroga, deriva unicamente da avaliação do próprio magistrado que expediu o mandado, que decidirá acerca da presença de elementos de conexão com o delito inicialmente investigado, não

⁶⁵⁸ *Idem*, pp. 86-87.

⁶⁵⁹ Nesse sentido o Supremo Tribunal espanhol, em: STS 1706, de 2 de julho de 1993 (RJ 1993, 5703); e STS 91, de 21 de janeiro de 1994 (RJ 1994, 89).

⁶⁶⁰ *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1238.

⁶⁶¹ *Prueba ilícita...*, p. 287.

podendo os agentes executores da medida apreenderem inicialmente objetos fortuitamente encontrados por entenderem serem conexos⁶⁶².

Todavia, o Supremo Tribunal espanhol passou a entender que essa necessidade de ampliação do objeto do mandado só se aplica às interceptações telefônicas. Na busca domiciliar, como ela é realizada em ato único, não se prolongando no tempo, a diligência será válida também para os encontros fortuitos, se estes se revelarem como efeitos ou instrumentos de crime flagrantemente cometido⁶⁶³.

O referido tribunal ainda entendeu que a busca domiciliar legitimamente autorizada outorga validade à atuação policial de apreensão em suas dimensões espacial e temporal, principalmente se o delito casualmente descoberto for de elevada gravidade. Esta circunstância também é utilizada para se sustentar a legitimidade da apreensão efetuada com fundamento na regra da proporcionalidade⁶⁶⁴.

Dessa forma, conclui Yokaichyia: “O descobrimento casual de um fato investigado não se vê afetado pela nulidade da investigação inicial, mas esta somente afetará o caso para o qual se havia iniciado a investigação. Por exemplo, se durante um registro ilícito em um domicílio de busca de drogas se encontra um cadáver, a ilicitude original no registro não impede a abertura de uma nova investigação e posterior processo sobre os fatos que circundam a aparição do cadáver”⁶⁶⁵.

⁶⁶² *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1266. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal espanhol, na STS de 21 de janeiro de 1994 (RJ 1994, 89); STS de 3 de dezembro de 2002 (RJ 2002, 544); e STS de 22 de novembro de 2002 (RJ 2001, 3641).

⁶⁶³ Nesse sentido: STS de 23 de maio de 2008, STS de 1º de outubro de 2007, STS 1093, de 24 de julho de 2003 (RJ 2003, 6724) e STS de 8 de março de 1994. O Supremo Tribunal espanhol passou a entender que não deve haver uma incidência do princípio da especialidade da prova nas apreensões fortuitas subsequentes a buscas domiciliares com a mesma intensidade que há nas interceptações telefônicas: “Se, em sua prática [da busca domiciliar], aparecerem objetos constitutivos de um possível corpo de delito distinto daquele para cuja investigação se estendeu o mandado autorizador, tal descoberta se registra na nota de flagrância, entendida como (...) a situação fática em que o cometimento do delito se percebe com evidencia e exige, com isso, uma imediata intervenção” (*t.l.*) (STS de 8 de março de 1994). No mesmo sentido: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal...*, p. 366; e QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal...*, p. 1267.

⁶⁶⁴ STS 981, de 3 de julho de 2003 (RJ 2003, 5905). Como concluído no acórdão: “o fato de se encontrar, em uma busca domiciliar, válida e fundamentadamente autorizada em sua origem, produtos ou objetos distintos daqueles relacionados ao ilícito inicialmente investigado não converte em ilegal a prática da medida assim realizada, de modo que, se aquela inicial autorização reuniu todos os requisitos exigíveis para ser tida como correta, as descobertas produzidas como resultado da mesma devem ostentar pleno valor probatório” (*t.l.*). No mesmo sentido: STS 315, de 4 de março de 2003 (RJ 2003, 5151).

⁶⁶⁵ A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol..., p. 330.

c) *Itália.*

No Direito italiano, ensinava Vincenzo Manzini que uma apreensão para fins penais pode ter fundamento específico ou genérico. Haverá fundamento específico quando a execução da busca estiver legitimada por uma ordem formal de apreensão de um objeto determinado. Todavia, há também o fundamento genérico, compatível com essa admissibilidade dos encontros fortuitos, “quando sua [da apreensão] legitimação está na ordem de execução de outro ato (a ordem de busca contém implicitamente a ordem de apreender tudo o que de útil ao processo for encontrado...)”⁶⁶⁶.

Atualmente, há tratamento legal das descobertas fortuitas na ordem jurídica italiana apenas no âmbito das interceptações telefônicas, muito embora entendamos que suas considerações devam ser estendidas às apreensões subsequentes a buscas. O artigo 270 veda a utilização dos resultados das interceptações em procedimentos diversos daqueles em que foram autorizadas, a menos que sejam indispensáveis para o embasamento de denúncia em que for obrigatória a prisão em flagrante.

No entanto, para parte da doutrina, como é o caso do Giorgio Lattanzi, esses limites impostos se referem somente à utilização do material como elemento de prova, mas não excluem a possibilidade de funcionarem como *notitia criminis* para outro procedimento⁶⁶⁷. Ressalte-se ainda que, se autorizado o aproveitamento desses elementos, deverá haver motivação específica acerca das razões de serem “pertinentes ao delito” e, portanto, necessários⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, p. 712. Com posição semelhante, mas com as singularidades que mencionaremos adiante: CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali...*, p. 113. Manzini ressalva que, em regra, o objeto da apreensão deve estar restrito ao corpo de delito, salvo casos em que a lei expressamente autoriza a apreensão independente de um objeto (Idem, p. 713). Quando exercida com fins de cautelaridade, o autor lembra que a apreensão dos objetos que compõem o corpo de delito demanda, na esteira do exigido para a autorização de uma busca, demanda a presença dos “fundados motivos” para se acreditar que serão alteradas ou perdidas as coisas que compõem o corpo de delito ou mesmo pistas para se chega a este (Ibidem, p. 717-718).

⁶⁶⁷ Nesse sentido: LATTANZI, Giorgio. *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Libro II. Milano: Giuffrè, 1997, p. 825-826; TREVIZAN, Flávia Cristina. *Conhecimentos fortuitos no processo penal...*, p. 75. Lattanzi e Ernesto Lupo apontam que houve uma tentativa de mudança legislativa quando da aprovação do texto do artigo 270 do CPP italiano. Num primeiro momento, a comissão parlamentar que elaborou o texto propôs uma modificação do ponto 1 do artigo 270, para que apenas fosse possível a averiguação e aproveitamento de elementos relacionados ao delito para o qual a interceptação tivesse sido autorizada (*Il Nuovo Codice di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 414).

⁶⁶⁸ Nesse sentido: FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e le perquisizioni...*, p. 161.

d) *Alemanha.*

O Código de Processo Penal alemão, em seu parágrafo 108, ao tratar da “Apreensão de outros objetos”, também sem muitas restrições acerca da admissibilidade dos elementos de prova encontrados fortuitamente, dispõe que, se, durante uma busca, forem encontrados objetos que indiquem o cometimento de um delito diverso daquele investigado, eles deverão ser apreendidos provisoriamente, mesmo que não haja conexão com o crime que autorizou a medida. De maneira, semelhante, seu parágrafo 100, ao tratar das interceptações telefônicas, dispõe que os conhecimentos fortuitos têm valor jurídico, desde que tal fato tenha conexão com algum dos crimes que autorizam a interceptação, não se exigindo conexão com o crime investigado

O Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), no mesmo sentido, tem uma posição pela admissão dos *Zufallsfunden*, tanto para o imputado e agentes em concurso, quanto aos encontros referentes a terceiros que não foram sujeitos passivos da medida. Já a doutrina critica bastante essa posição de ampla admissibilidade, exigindo o critério da conexão entre o delito investigado e o fortuitamente descoberto⁶⁶⁹.

O BGH ainda reforça a justificativa pela admissão invocando a regra da proporcionalidade, que só permite a compressão das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que é absolutamente necessário para a proteção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição. Dessa forma, proíbe-se a valoração do material fortuitamente descoberto “que não é significativo para o fim de proteção da ordem democrática e livre a que o regime das escutas telefônicas presta homenagem”⁶⁷⁰.

Claus Roxin, por sua vez, entende que se são encontrados objetos que indiquem a perpetração de outra ação punível durante uma busca domiciliar, eles devem ser apreendidos provisoriamente, devendo-se dar conhecimento ao juiz sobre tanto. Para o autor, o § 108 implica uma extensão da faculdade de se ordenar uma apreensão a todo funcionário público que realizar a busca. Dessa forma, a permissão dessa extensão pressupõe, no entanto, um mandado judicial de busca legítimo, de modo que se revelaria inadmissível seria uma “procura por encontros fortuitos”⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Nesse sentido: LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. “Los descubrimientos casuales...”, p. 82; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica...*, p. 192.

⁶⁷⁰ ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra, 1992, p. 308.

⁶⁷¹ *Derecho procesal penal...*, p. 318.

e) *Estados Unidos*.

Parte da doutrina norte-americana é a favor do aproveitamento dos descobrimentos fortuitos, embasando-se na incidência da chamada teoria ou exceção da boa-fé (*good faith exception*), que seria aplicável como uma das exceções à ilicitude por derivação, nos casos em que os policiais agem pensando que seguem o caminho da legalidade⁶⁷². Dessa forma, pela aplicação da exceção da boa-fé, se o agente considerou que uma diligência ou meio de obtenção da prova estava legalmente autorizado(a), a prova, mesmo que objetivamente ilícita, poderá ser utilizada⁶⁷³.

A *good faith exception* nasceu na ordem jurídica norte-americana, justamente num contexto de busca e apreensão. A Suprema Corte estadunidense admitiu a mencionada exceção no julgamento *United States v. Leon* (1984), no qual foi afastada a aplicação das regras de exclusão da prova.

No caso em questão, Leon foi preso com base apenas no depoimento de um informante da polícia que declarou que o investigado era um grande traficante de drogas. A polícia obteve um mandado judicial de busca e apreensão, ingressou na residência do investigado e, de fato, encontrou grande quantidade de substâncias entorpecentes. Posteriormente, em sede defensiva no tribunal, Leon alegou que no momento da busca não havia *probable cause* para a expedição do mandado de busca e apreensão, o que foi acatado pelo magistrado local. Diante de tal decisão, requereu-se a exclusão da prova consistente na droga apreendida⁶⁷⁴.

⁶⁷² DRIPPS, Donald. *Living with Leon...*, p. 926. No âmbito da *common law*, as discussões acerca da especificidade dos objetos a serem apreendidos teve início com uma série de casos envolvendo a publicação do jornal inglês *The Monitor* ("O Monitor"), o qual publicou críticas ao então rei George III. Os mandados expedidos sob as ordens do Secretário de Estado Lord Halifax até chegavam a identificar os sujeitos passivos das buscas, mas, por outro lado, autorizavam a apreensão ampla de quaisquer documentos que com eles se encontrassem ou estivessem em suas casas. Dentre os indivíduos que sofreram tais buscas e apreensões, destacou-se o caso de John Entick, o qual moveu ação contra os emissários do rei (dentre eles, o Emissário Chefe Nathan Carrington, e daí o nome do caso) que invadiram sua casa e causaram um prejuízo próximo a duas mil libras, tendo o magistrado Lord Camden declarado ilegal a apreensão perpetrada e julgado procedente o caso (*Entick v. Carrington* (1765), 19 Howell St. Trial 1029).

⁶⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal (Boletim 277, dez. 2015). No mesmo sentido: SELIGMAN, Kathryn. *The rise and fall of the exclusionary rule...*, p. 1.

⁶⁷⁴ *United States v. Leon* (1984), 468 U.S. 897.

A Suprema Corte considerou, contudo, que a aplicação da *exclusionary rule* somente tem lugar quando a violação da Quarta Emenda, que protege o cidadão de buscas arbitrárias, ocorre de forma deliberada, o que não era o caso, pois, quando a polícia realizou a busca, confiava na legalidade do mandado. Depois disso, a “exceção da boa-fé” foi aplicada em outros casos, tendo a Suprema Corte norte-americana alargado demasiadamente seu campo de aplicação⁶⁷⁵.

Ao mesmo tempo, cabe lembrar, ressaltam os defensores da aplicação da *good faith exception* que deve haver, ainda que minimamente, uma relação entre a descoberta casual e o objeto da investigação criminal⁶⁷⁶.

Concordamos, todavia, com o professor Gustavo Badaró, que não vê com bons olhos a admissão dessa exceção na ordem jurídica pátria: “O poder de manobra seria imenso. A jurisprudência poderia se posicionar no sentido de que, para a manutenção da prova, caberá à acusação demonstrar que o agente estatal agiu de boa-fé. No entanto, não se estranharia que adotasse o caminho oposto, fazendo pesar sobre os ombros da defesa o ônus de demonstrar que o agente estatal agiu de má-fé”⁶⁷⁷.

Já outra parte dos doutrinadores norte-americanos enxerga, no conteúdo da Quarta Emenda, a impossibilidade de utilização dos objetos encontrados fortuitamente. Isto porque o texto é claro no sentido de que as buscas e as apreensões não poderão ser desarrazoadas, exigindo-se prévia ordem judicial e devendo, ainda, estar presente a *probable cause*, que é uma espécie de *standard* probatório que se aproxima das “fundadas razões” exigidas pelo CPP brasileiro, mas que ainda causa discussão na doutrina e na jurisprudência

⁶⁷⁵ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas...*; SELIGMAN, Kathryn. *The rise and fall of the exclusionary rule...*, p. 1. São julgados em que houve esse alargamento da teoria pela Suprema Corte norte-americana: *Massachusetts v. Shepherd* (1984), 468 U.S. 981 (em que admitiu-se provas obtidas com base em mandado judicial de busca que não descrevia os itens a serem apreendidos); *Illinois v. Krull* (1987), 480 U.S. 340 (em que validou-se os resultados probatórios de apreensão administrativa realizada sem mandado judicial, mas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional); e em *Arizona v. Evans* (1995), 514 U.S. 1. (decidiu-se que as *exclusionary rules* não se aplicam quando o agente razoavelmente acredita em dados de computador que estão incorretos devido a um erro cometido por um funcionário do Judiciário).

⁶⁷⁶ Nesse sentido: DRIPPS, Donald. *Living with Leon...*, p. 928; e LOPES, Fábio Motta. O encontro fortuito de provas..., pp. 14-15. A jurisprudência norte-americana já entendeu previamente pela admissibilidade da prova ilícita, mesmo contra o réu, quando o ato de obtenção ilegal tenha incidido sobre os direitos constitucionalmente assegurados de outro indivíduo nos casos *Alderman v. United States* (1969), 394 U.S. 165 e *Brown v. United States* (1973), 93 S. Ct. 2041.

⁶⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas...*

norte-americana acerca do seu real significado⁶⁷⁸ (para maiores detalhes, v. item 4.2.1.2 - “Fundamentação idônea da medida”).

Assim como o fazem para embasar a inadmissibilidade dos mandados genéricos, Edward Eldefonso e Allan Coffey fundamentam a impossibilidade de aproveitamento das descobertas fortuitas na parte final do texto mencionado, a qual exige que o mandado particularmente descreva (“*particularly describing*”) o lugar em que se dará a busca, e as pessoas ou coisas que serão apreendidas⁶⁷⁹.

A Suprema Corte norte-americana já se posicionou com um viés dito intermediário, admitindo a apreensão de documentos que estavam “misturados” entre aqueles para os quais o mandado de busca foi expedido, sem, no entanto, permitir-se a análise do conteúdo desses documentos. A apreensão se justificaria por questões práticas, ficando a mencionada análise do conteúdo condicionada à expedição de outro mandado para tais documentos identificados como “intrusos”⁶⁸⁰.

Nessa seara, Samantha Trepel afirma que o tribunal do caso *Tamura* tentou, sem muito sucesso, desenvolver um procedimento limitando o objeto de buscas onde agentes governamentais já tomaram posse dos documentos. O tribunal dá a entender que os agentes que selam e mantêm os documentos pendentes de aprovação do magistrado para posterior busca irão provavelmente evitar problemas com a Quarta Emenda. Isto porque, se o juiz entender que os documentos apreendidos “são livros, diários ou outros documentos contendo

⁶⁷⁸ Pedimos vênua para uma nova reprodução do texto da Quarta Emenda: “O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas” (*t.l.*).

⁶⁷⁹ ELDEFONSO, Edward; COFFEY, Alan R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement...*, p. 65. Segundo os autores, esse requisito de especificidade restringe não apenas os itens ou lugares que poderão ser vasculhados, mas também impõe limites para a maneira com que a busca será conduzida. Exemplificando: “Uma busca no ‘Armazém A’, na Rua Jones, número 1000, por alambiques de bebidas ilegais, restringe os agentes públicos àquela localidade e propósito. Eles não podem entrar no armazém e vasculhar armários de documentos, pois os itens especificados no mandado são alambiques, os quais não podem ser armazenados em uma gaveta. Vasculhar as gavetas violaria o direito à privacidade” (*t.l.*). Negando a exigência da especificidade do lugar e do objeto como essencial à admissão do mandado: AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles...*, p. 1099.

⁶⁸⁰ Nesse sentido: *United States v. Tamura* (9th Cir. 1982), 694 F.2d 591, 595 e *United States v. Shilling* (4th Cir. 1987), 826 F.2d 1365, pp. 1369-1370. Todavia, no próprio julgado *United States v. Tamura* já se expôs a fragilidade dessa proposta. Como decidido: “a apreensão no atacado de documentos para posterior exame detalhado de dados não especificados no mandado é significativamente mais invasiva, e já foi considerada como ‘o tipo de arrastão investigatório que a Quarta Emenda foi elaborada para prevenir [referindo-se ao julgado *Andresen v. Maryland* (1976) 427 U.S. 463, p. 482]” (*t.l.*). E conclui afirmando que, na busca feita sobre papéis “é certo que alguns documentos inócuos serão examinados, ao menos superficialmente, para que se possa saber se eles estão ou não, de fato, entre aqueles documentos autorizados a serem apreendidos” (*t.l.*) (Idem, p. 482).

matéria não especificada no mandado, ele irá especificar essas condições e limitações no próximo mandado, a fim de se evitar invasões desarrazoadas de privacidade⁶⁸¹, e determinar o retorno dos documentos ao investigado.

Crítica da decisão acima, a mencionada autora entende que, quando realizam a interpretação do texto da Quarta Emenda, os tribunais tentam manter um delicado equilíbrio de interesses contrapostos: a proteção da privacidade dos indivíduos e a necessidade de o Estado encontrar provas e punir crimes. Todavia, apreensões em larga escala justificadas por dificuldades de ordem prática ameaçam ruir esse equilíbrio⁶⁸².

⁶⁸¹ *Digital Searches, General Warrants...*, p. 126.

⁶⁸² *Idem*, p. 128.

6. Considerações finais.

Após a elaboração e apresentação dos capítulos anteriores desta dissertação, relacionamos as seguintes conclusões:

1. As buscas e as apreensões são restrições a direitos fundamentais e, para que sejam legítimas, demandam uma invariável passagem pelo exame da regra da proporcionalidade: deverão ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. A regra da proporcionalidade, em âmbito penal, impõe também o respeito aos pressupostos da legalidade e da justificação teleológica, além do preenchimento dos requisitos da judicialidade e da motivação.
2. O juízo de admissibilidade da busca e da apreensão é um juízo de validade e seu desenvolvimento está intimamente ligado à plena possibilidade de um efetivo direito à prova no processo penal, notadamente no que diz respeito aos seus momentos de investigação e valoração. Esse juízo passa pela análise dos requisitos legais previstos na Carta Magna e no Código de Processo Penal.
3. A garantia da motivação das decisões judiciais, ressalvadas raras exceções remanescentes da íntima convicção, implica, em nosso modelo atual, que a persuasão racional esteja também presente no juízo de admissibilidade, notadamente quando este juízo coloca em conflito direitos fundamentais, bem como quando a própria lei exige uma motivação para que se autorize a prática de um meio de obtenção de prova que ultrapasse a simples operação de dedução.
4. Dessa forma, o juízo de admissibilidade de uma busca requerida exige do magistrado um raciocínio que vai muito além de uma operação de subsunção, impondo igualmente a valoração de elementos de informação até então colhidos que revelem conteúdo robusto o suficiente para que se mostrem configurados os *standards* probatórios das “fundadas razões” ou “fundadas suspeitas” exigidas pela legislação processual penal, a depender da modalidade de busca.

5. O emprego de expressões vagas ou imprecisas para a admissão da produção de provas ou imposição de medidas cautelares dificulta uma valoração objetiva. Almejando a consecução desta, identificamos dois grandes esquemas valorativos: os embasados na aplicação de instrumentos matemáticos; e os baseados em esquemas de confirmação. A aplicação do “Teorema de Bayes” nessa seara ganhou força em parte da doutrina, porém, por se tratar de uma análise de probabilidade relacionada a eventos, esbarra também nas diversas dificuldades provenientes da utilização de fórmulas matemáticas, como tratamos no item 3.5.1. Portanto, entendemos mais adequada a utilização dos esquemas de confirmação, que trabalha com a probabilidade aplicada a proposições: mede-se a probabilidade com base em “graus de confirmação” de uma hipótese a respeito de uma informação.
6. São inadmissíveis o pedido e a expedição de ordem judicial genérica. A regra da especialidade da prova (ou vinculação causal), instituto regente de toda e qualquer busca (e apreensão), aponta para a absoluta necessidade de ser expressamente consignado no mandado a atividade a ser exercida pela autoridade policial, seu local e objeto. A expedição desses mandados também não se sustenta quando submetida a um exame de proporcionalidade, não passando tanto pelo exame da adequação subjetiva, quanto da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito.
7. Dos três *standards* probatórios mencionados por Gustavo Badaró, a *clear and convincing evidence* é o critério que mais se aproxima das “fundadas razões” exigidas para a autorização de uma busca domiciliar. A “fundada suspeita” exigida para a autorização de uma busca pessoal, por sua vez, pode ser situada entre a “preponderância de provas” e a “prova clara e convincente”.
8. O critério de decisão das “fundadas razões” demanda uma alta probabilidade de que a hipótese acusatória elaborada seja verdadeira. É necessária a confirmação sólida da hipótese de condenação, ou seja, a fundamentação do mandado de busca domiciliar deverá apontar a presença de elementos de prova cuja existência só possa ser explicada em seu conjunto se a hipótese acusatória for verdadeira. Admite-se, por outro lado, sua autorização ainda que confirmada debilmente a hipótese de inocência, quer dizer, caso presentes elementos que sejam compatíveis com a hipótese de inocência.

9. A presença de uma confirmação sólida da hipótese de inocência inviabiliza a autorização de qualquer das modalidades de busca.
10. Os debates desenvolvidos no direito italiano e no direito norte-americano acerca, respectivamente, dos *standards* do *fondato motivo* e da *probable cause* podem servir de norte para uma melhor determinação das “fundadas razões” em nossa ordem jurídica. Para que haja o *fondato motivo*, revela-se essencial a indicação das razões pelas quais se “acredita” (não bastando a simples “suspeita”) que a coisa procurada será encontrada no local em que se realizará a busca, devendo repousar em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. A *probable cause*, por sua vez, exige a demonstração de uma causa provável que faça acreditar que um crime específico foi cometido, que há elementos desse crime a serem encontrados e que o material especificado se encontra em um local determinado.
11. A busca domiciliar autorizada apenas com base em informação advinda de denúncia anônima é ilícita, seja pela ausência de elementos de informação suficientes para legitimar uma medida restritiva de direito fundamental, seja porque não enxergamos conteúdo fático suficiente apto a embasar uma confirmação sólida da hipótese acusatória nesses casos.
12. Dentre as hipóteses previstas no rol do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal, é inadmissível a busca fundamentada apenas na genérica alínea “h” do referido dispositivo. O referido rol ainda se mantém focado na busca por objetos tangíveis e na necessidade de ingresso físico dos agentes no domicílio. Não obstante, informações obtidas mediante vídeos gravados por drones, helicópteros, ou outros meios investigativos de atuação semelhante que sobrevoem quintais de residências; e a procura de informações em arquivos de mídias digitais apreendidos possuem um inegável caráter de busca, e, como tal, devem ter caráter excepcional, passarem pelo exame da proporcionalidade e, em regra, demandam a prévia expedição de mandado judicial devidamente fundamentado.
13. A busca domiciliar somente poderá ocorrer sem a expedição prévia da ordem do magistrado nas situações em que haja necessidade de prestar socorro, flagrância delitiva (flagrante próprio) ou consentimento do morador, uma vez que a exceção prevista no artigo 241 do CPP não foi recepcionada pela Constituição Federal de

1988, pois incompatível com a imparcialidade do juiz, com os limites de seus poderes instrutórios e com um sistema que se propõe ser eminentemente acusatório como é o nosso.

14. Apesar de o Código de Processo Penal exigir a constatação de “fundadas suspeitas” para que seja admissível a busca pessoal, entendemos que o Código de Processo Penal deveria ter empregado expressão que exigisse um suporte fático mais concreto, como “indícios” ou “fundados indícios”. Por tais motivos, também a fundamentação de um mandado de busca pessoal deverá se embasar em uma confirmação sólida da hipótese de condenação, além de se admitir no máximo uma simultânea confirmação débil da hipótese de inocência.
15. Há uma clara incongruência normativa entre parte do artigo 244 e o texto do artigo 240, § 2º, ambos do Código de Processo Penal. Isto porque, ao eleger o mesmo *standard* probatório para diferentes situações violadoras de direitos fundamentais idênticos, o legislador ignora a regra da proporcionalidade, notadamente quando observamos que, à exceção da busca pessoal subsequente à prisão e no curso de busca domiciliar, as situações permissivas da busca pessoal com e sem mandado são equivalentes. Dessa forma, a admissibilidade da busca pessoal sem mandado deveria exigir a satisfação de *standard* probatório mais rigoroso que o previsto para a busca pessoal com mandado.
16. A fragilidade do critério de decisão adotado pela lei para a autorização da busca pessoal sem mandado, somada ao referendo judicial quase automático da medida e às estatísticas levantadas, impõem que se faça uma análise da influência de eventuais preconceitos do agente público na efetivação dessa medida, notadamente aqueles relativos à etnia e à situação econômica do imputado. Para tanto, a exigência de que os agentes policiais registrem em vídeo suas abordagens, assim como a ampla divulgação em se fazer valer o direito de defesa nessas circunstâncias, seriam medidas idôneas para diminuir situações de arbitrariedade.
17. A problemática questão da admissibilidade da apreensão de elementos de informação fortuitamente descobertos durante a execução de uma busca suscita entendimentos diversos na doutrina e decisões judiciais com conclusões variadas em âmbito nacional e estrangeiro. Entendemos que, caso a coisa encontrada não tenha relação

com fato investigado, não deve haver sua apreensão imediata, mas sim a preservação do local e o pedido por parte da autoridade policial ao magistrado para que expeça mandado para sua apreensão. Ainda que haja a referida relação com o fato investigado, a apreensão do objeto encontrado casualmente só será permitida caso fique plenamente evidenciada essa conexão, ou, ainda, nos casos em que constitua flagrante delitivo e não se possa aguardar a expedição de um mandado.

7. Bibliografia.

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2013. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=reDzBZ3pXqsC&pg=PA97&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=2#v=onepage&q&f=false.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSCHULER, Albert. *Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic*. University of Chicago Law Review Vol. 75. N. 1365, 2008.

AMAR, Akhil Reed. *Terry and Fourth Amendment First Principles*. Yale Law School Faculty Scholarship. Paper 949, 1998.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra, 1992.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. A disciplina da prova no Código de Processo Penal italiano. In: *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luis Guilherme. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AVOGLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AYRES, Ian; NALEBUFF, Barry. *The rule of probabilities: a practical approach for applying bayes' rule to the analysis of DNA evidence*. Stanford Law Review. Vol. 67, n. 1447, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-

As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal (Boletim 277, dez. 2015).

_____. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, p. 19. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf.

_____. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1993.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

BENTO DE FARIA. *Código de Processo Penal*. 2ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Record, 1960.

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. *O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal*. In: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-11/direito-defesa-buscas-policiais-mandado-parecem-normatizado>.

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

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

CALABRESI, Guido. *The exclusionary rule*. Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol. 26. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Parte geral: o conceito jurídico da prova. Trad. Almicare Carletti. São Paulo: LEUD, 2003.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O Processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COFFEY, Alan R; ELDEFONSO, Edward. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*. New York: Harper & Row, 1981.

CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.

CORDERO, Franco. Dialogo sulle prove. In: *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

_____. *Procedura penale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas. *Boletim do IBCCrim*, n. 247, junho de 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUESTA, José Maria Luzón. *Lá presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAMASKA, Mirjan R.. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 121. N. 121, 1973.

_____. *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 123. N. 1083, 1975.

DELLOSSO, Ana Fernanda; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-11/direito-defesa-buscas-policiais-mandado-parecem-normatizado>.

DERY III, George M.; EVARO, Ryan. *The Court Loses its Way with the Global Positioning System: United States v. Jones Retreats to the “Classic Trespassory Search”*. Michigan Journal of Race & Law, Vol. 19, n. 113, 2013.

DEU, Teresa Armenta. *El proceso debido: Procesos acusatorio, mixto y adversativo*. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendências contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova*. In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010.

DIDIER JR., Fredie. *O juízo de admissibilidade na teoria geral do Direito*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. V. VI. *Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DRIPPS, Donald. *Living with Leon*. The Yale Law Journal 906, Vol. 95, 1986.

DUKE, Steven B. *Making Leon Worse*. Faculty Scholarship Series. Paper 816, 1986.

ECHARRI CASI, Fermín Javier. Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales. In: *Revista del Poder Judicial*. Madrid, n. 69, 2003.

ELDEFONSO, Edward; COFFEY, Alan R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*. New York: Harper & Row, 1981.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3ª ed. V. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

EVARO, Ryan; DERY III, George M.. *The Court Loses its Way with the Global Positioning System: United States v. Jones Retreats to the “Classic Trespassory Search”*. Michigan Journal of Race & Law, Vol. 19, n. 113, 2013.

FELICIONI, Paola. Le ispezioni e le perquisizioni. In: *Trattato di Procedura Penale*. UBERTIS, Giulio; e VOENA, Giovanni Paolo (coord). V. XX. Milano: Giuffrè, 2004.

FENNEL, John; SOBEL, Richard. *Further Down the Road with Hübel: Pedestrians to Passengers*. Search and Seizure Law Report. Vol. 35, n. 4, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: n. 1, out./dez. 1992. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 88, jan./dez. 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2014

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAGOSO, Tomás Lopez. “Los descubrimientos casuales em las intervenciones telefonicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, em *Derechos y Libertades*, *Revista do Instituto Batolomé de las Casas*, ano 1, out/93 a mar/94, n.2, Universidade Carlos III, Madri.

FRANCO, Francisco Manuel de Melo; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2004.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. San Juan de Alicante, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015.

GODOY, Arion Escorsin de; COSTA, Domingos Barroso da. Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas. *Boletim do IBCCrim*, n. 247, junho de 2013.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de derecho público*, n. 38, 1998.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 11ª ed. V. III. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, 69, nov/dez, 2007.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

_____. Parecer sobre busca e apreensão em caso de flagrante delito, *In: A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Provas ilícitas, Interceptações e Escutas*. 1ª ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Que juiz inquisidor é esse? *In: Boletim do IBCCrim*, n. 30, jun. 1995.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNDZINSKI DAMASIO, Celuy Roberta. Luta contra a excisão. *Revista Espaço Acadêmico*, ano I, n. 3. Disponível em: www.espacoacademico.com.br/003/03col_celuy.htm.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ISRAEL. Jerold H. *Searches without warrants*. In Michigan Criminal Practice, 1-18. Ann Arbor, Mich.: Institute of Continuing Legal Education, 1971.

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. A disciplina da prova no Código de Processo Penal mexicano. *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. Coord: FERNANDES, Antonio Scarance;

ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

JÄGER, Chirstian. *Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 735, jan. 1997.

KAMISAR, Yale. *Gates, 'Probable Cause', 'Good Faith', and Beyond*. Iowa Law Review, Vol. 69, 1984.

_____. *The Writings of John Barker Waite and Thomas Davies on the Search and Seizure Exclusionary Rule*. Michigan Law Review, Vol. 100, n. 7, 2002.

KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: *Provas no Processo Penal*. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

KERR, Orin. *Searches and seizures in a digital world*. Harvard Law Review. Vol. 119, n.2, 2005.

KLUTH, Winfried. Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad em Derecho alemán. Trad. Enrique Ortiz Calle. *Cuadernos de derecho público*, n. 38, 1998.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Ano 2, n. 4. Porto Alegre, 2016.

LANGBEIN, John H. *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*. The University of Chicago Law Review, Vol. 41, 1974.

LATTANZI, Giorgio. *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Libro II. Milano: Giuffrè, 1997.

_____ ; LUPO, Ernesto. *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1989.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. Trad. Raúl Calvo Soler. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. San Juan de Alicante, 2005.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; BIFFE JÚNIOR, João. *O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal*. In: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOGAN, Wayne A. *An Exception Swallows a Rule: Police Authority To Search Incident to Arrest*. Yale Law & Policy Review. Vol. 19, N. 381, 2001.

LOPES, Fábio Motta. O encontro fortuito de provas durante buscas domiciliares. In: *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 220, março/2011.

LOPES, João Batista; MORAIS, Paulo Heber de. *Da prova penal*. 2ª ed. São Paulo: Copola, 1994.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUPO, Ernesto; LATTANZI, Giorgio. *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1989.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da USP. Orientação: Antonio Scarance Fernandes. São Paulo, 2009.

MACLIN, Trace. *Decline of the Right of Locomotion: The Fourth Amendment on the Streets*. Cornell Law Review 1257, Vol. 75, 1990.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970, Buenos Aires.

MARAFIOTI, Luca. Italian Criminal Procedure: a System Caught Between Two Traditions. In: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Coord: JACKSON, John; LANGER, Máximo; e TILLERS, Peter. Oregon: Hart Publishing, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. V. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS, Rui de; MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa anotada*. T. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui de. *Constituição Portuguesa anotada*. T. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010.

_____. *Prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade*. Texto apresentado na XXI Conferência Nacional dos Advogados. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-7505.pdf>.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. 2ª ed. São Paulo: Copola, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., V. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. In: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070.

_____. *A prova por indício no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____; PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. Defesa Penal: direito ou garantia. *Revista do IBCCrim*, n. 4, 1993.

_____. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MURA, Alberto. *Teoria Bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo*. In: <http://web.tiscali.it/alberto.mura/TeoriaBayesianaDellaDecisioneERagionevoleDurataDelProcesso.pdf>

MUSCELLA, Alessia. *Osservatorio sulla Corte di cassazione: La motivazione apparente tra disciplina attuale e prospettive di riforma*. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2016/07/web.07.2016.Osservatorio.Corte.Cass.Motivazione.Muscella.pdf>.

NALEBUFF, Barry; AYRES, Ian. *The rule of probabilities: a practical approach for applying bayes' rule to the analysis of DNA evidence*. Stanford Law Review. Vol. 67, n. 1447, 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Provas no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OAKS, Dallin H. *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*. The University of Chicago Law Review. Vol. 37, No. 4, 1970.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2014.

PHILIPPE, Xavier. *El principio de proporcionalidad en el Derecho público francés*. Trad. Eulalia W. Petit de Gabriel. Cuadernos de derecho público, n. 38, 1998.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2014.

PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.

PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *A Desfuncionalização da Busca e da Apreensão*. Boletim do IBCCrim, n. 151, junho de 2005.

_____. *Da busca e apreensão no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Defesa Penal: direito ou garantia*. Revista do IBCCrim, n. 4, 1993.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

PIZZI, William. *Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body? In: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in*

honour of Professor Mirjan Damaska. Coord: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Oregon: Hart Publishing, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. T. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *História e prática do habeas corpus (Direito constitucional e processual comparado)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. *In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Empório do Direito/Rei dos Livros*, 2015.

_____. *Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Presunción de Inocencia en el Derecho Procesal Penal: de las prácticas sociales a las prácticas sociales reguladas por la Constitución, por tratados y leyes*. Disponível em: https://www.academia.edu/29250873/Presunci%C3%B3n_de_Inocencia_en_el_Derecho_Procesal_Penal_de_las_pr%C3%A1cticas_sociales_a_las_pr%C3%A1cticas_sociales_reguladas_por_la_Constituci%C3%B3n_por_tratados_y_leyes.

_____. *Sistema Acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRIMUS, Eve Brensike. *Bringing Clarity to Administrative Search Doctrine: Distinguishing Dragnets from Special Subpopulation Searches*. Search & Seizure Law Report. 39, no. 8, 2012.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho procesal penal*. Cizur Menor, Navarra: Thomson/Aranzadi, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

RUIZ MANERO, Juan. Principios jurídicos, objetivos colectivos y derechos individuales. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>.

SELIGMAN, Kathryn. *The rise and fall of the exclusionary rule: can it survive Hudson, Herring, & Brendlin?* First District Appellate Project, 2010. Disponível em: http://www.fdap.org/downloads/articles_and_outlines/Seminar2010-ExclusionaryRule.pdf.

SENDRA, Vicente Gimeno. El Derecho a la presunción de inocencia en Perú y en España. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luís; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2014

SILVA, César Dario Mariano da. *Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal*. São Paulo: Leud, 1999.

SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal* (Coleção Textos Jurídicos Universitários). 2ª ed. México: Oxford University Press, 2001.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89/94, abr./jun. 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “O proporcional e o razoável”, *In: Revista dos Tribunais*, n. 798, São Paulo, 2002.

SOBEL, Richard; FENNEL, John. *Further Down the Road with Hiibel: Pedestrians to Passengers*. *Search and Seizure Law Report*. Vol. 35, n. 4, 2008.

SOUSA, Manuel de Almeida e. (de Lobão). *Casas: tratado histórico, enciclopédico, crítico e prático sobre direitos e questões em matéria criminal*. Lisboa: Livraria Clássica, 1915.

STARKEY, Brando S. *A Failure of the Fourth Amendment & Equal Protection's Promise: How the Equal Protection Clause Can Change Discriminatory Stop and Frisk Policies*. *Michigan Journal of Race & Law*. Vol. 18, 131, 2012.

STEINBERG, David E. *Restoring the Fourth Amendment: the Original Understanding Revisited*. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. Vol. 33, n. 1, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que, contra a lei, juíza acha que pode autorizar revista coletiva?* *In: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/senso-incomum-lei-juiza-acha-autorizar-revista-coletiva>*.

TAPIA, Juan Franciso. Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales o “causales”? *In: Revista de Derecho Penal*. Buenos Aires, n. 2, 2002.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año 38, n. 114, 2005.

_____. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Disponível em: www.studiocelestano.it/le_nuove_voci_del_diritto.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. Prueba, Verdad y Estado de Derecho. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendências contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014.

_____. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no estándar”. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28. San Juan de Alicante, 2005, p. 119.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TILLERS, Peter. Are There Universal Principles or Forms of Evidential Inference? Of Inference Networks and Onto-Epistemology. In: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Coord: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. Oregon: Hart Publishing, 2008.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 1ª ed. Giuffrè: Milano, 2012.

_____. *Manuale di procedura penale*. 11ª ed. Giuffrè, Milano, 2010.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Processo Penal*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1997.

TREPEL, Samantha. *Digital Searches, General Warrants, and the Case for the Courts*. Yale Journal of Law and Technology. Vol. 10. Iss. 1, Article 4, 2008.

TREVIZAN, Flávia Cristina. *Conhecimentos fortuitos no processo penal: critérios de admissibilidade*. Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da USP. Orientação: José Raul Gavião de Almeida. São Paulo, 2013.

TUCCI, Rogerio Lauria. Busca e apreensão (direito processual penal). *Revista dos Tribunais*, n. 515 (67), São Paulo, set. 1978.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UBERTIS, Giulio. La prova penale: lessico e struttura. In: *Argomenti di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. *Lessico e struttura della prova penale*. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_14.pdf.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Os direitos e liberdades fundamentais como barreira “intransponível” na produção de prova penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015.

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

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VILLAR, Mauro de Salles; HOUAISS, Antônio; FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WORF, Richard. *The Case for Rational Basis Review of General Suspicionless Searches and Seizures*. Yale Law School Student Scholarship Papers. Paper 31, 2006.

XAVIER, Arnaldo. *A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o Serviço Social*. *Revista Katálysis*. Vol. 11, n. 2, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2925249>.

YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: Reflexões sobre a tipicidade e atipicidade em matéria probatória. In: *Provas no*

Processo Penal. Estudo Comparado. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. Quem tem medo do “juiz das garantias”? In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. In: *Boletim do IBCCrim: Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Ano 18. Edição especial. Agosto/2010.

ZORRILLA, David Martínez. Ponderación y seguridad jurídica. In: *Constitucionalismo y Proceso: tendencias contemporâneas*. Coord: ALVAREZ, Roberto González. Lima: ARA Editores, 2014.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1989.