



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

RAFAELA VOLPATO VIARO

O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar: *standards* probatórios para sua relativização à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores

FLORIANÓPOLIS
2024

RAFAELA VOLPATO VIARO

O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar: *standards* probatórios para sua relativização à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores

Estudo de caso do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGPD/UFSC) – Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Processos Jurisdicionais e Administrativos: a administração da justiça sob o enfoque do combate como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

FLORIANÓPOLIS (SC)
2024

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Viaro, Rafaela Volpato
O direito fundamental à
inviolabilidade domiciliar: standards
probatórios para sua relativização à luz
da jurisprudência dos Tribunais
Superiores / Rafaela Volpato Viaro ;
orientador, Matheus Felipe de Castro,
2024.
175 p.

Dissertação (mestrado profissional) -
Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em
Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Flagrante delito. 3.
Inviolabilidade domiciliar. 4. Standards
probatórios. I. Castro, Matheus Felipe
de. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação
em Direito. III. Título.

RAFAELA VOLPATO VIARO

O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar: *standards* probatórios para sua relativização à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Membro externo: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Membro externo: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila
Universidade Unicesumar

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof. Orides Mezaroba, Dr.
Coordenador(a) do Programa

Prof. Matheus Felipe de Castro, Dr.
Orientador

FLORIANÓPOLIS

2024

Dedico este trabalho a todos àqueles que ousam pensar diferentemente do que se pensa e perceber diferentemente do que se vê.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, Fátima e Roberto, pelo amor e apoio incondicionais ao longo da vida.

Ao meu irmão Renee, por ter caminhado ao meu lado no percurso acadêmico e sido fonte diária de inspiração.

Ao meu irmão Betinho, por ser e transbordar alegria na nossa família.

A Hudson, Ana Beatriz, Mariana, Letícia, Bruna, Luiz Henrique, Heloísa e Pablo, por me incentivarem a alçar voos cada vez mais altos.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, através de convênio firmado com a Universidade Federal de Santa Catarina, possibilita o aperfeiçoamento profissional de magistrados.

Ao corpo docente e administrativo do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, que diligentemente executou este programa em tempos pandêmicos.

Por fim, e em especial, ao Prof. Matheus Felipe de Castro, por acreditar nesta pesquisa e provocar dúvidas na certeza. Um exemplo de orientação diligente e interessada.

RESUMO

A inviolabilidade domiciliar vem reconhecida na Constituição da República enquanto direito fundamental a tutelar a intimidade e a vida privada, salvaguardando o espaço íntimo intransponível por ingerências externas. Passível de afetação, esse direito encontra limites na cláusula restritiva do flagrante delito, que permite que se adentre na residência alheia a qualquer hora, independentemente de autorização judicial. Para tanto, exige-se a demonstração de fundadas razões que indiquem que no interior do domicílio ocorre situação de flagrante. Indaga-se, contudo, no que consiste esse modelo e qual o nível probatório que se exige para que esteja comprovado. A teoria dos *standards* probatórios fornece respostas que, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, permite investigar o *standard* de prova que justifica a entrada forçada em domicílio em flagrante delito.

Palavras-chave: Flagrante delito. Inviolabilidade domiciliar. Standard probatório. Fundadas razões.

ABSTRACT

Home inviolability is recognized in the Constitution of the Brazilian Republic as a fundamental right to protect intimacy and private life, safeguarding an intimate space that is insurmountable by external interference. Possible to be affected, this right finds limits in the clause restricting caught-in-the-act crimes, which allows one to enter someone else's residence at any time, regardless of judicial authorization. To this end, it is necessary to demonstrate well-founded reasons that indicate that a caught-in-the-act situation is occurring within the home. However, the question remains as to what this model consists of, and what level of proof is required for it to be proven. The theory of evidentiary standards provides answers that, in light of the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, allow us to investigate the standard of proof that justifies forced entry into a home in flagrante delicto.

Keywords: Flagrant crime. Home inviolability. Proof standard. Well-founded reasons.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BARD - *beyond any reasonable doubt*

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

min. – ministro

n. – número

p. – página

rel. – relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2022

Número do Processo	Ministro (a) Relator (a)
ARE 1365247	ROSA WEBER
ARE 1364536	ROSA WEBER
HC 211582	DIAS TOFFOLI
RE 1358185	NUNES MARQUES
ARE 1358459	NUNES MARQUES
HC 210994	ROBERTO BARROSO
HC 210800	ROBERTO BARROSO
RHC 209947	ALEXANDRE DE MORAES
HC 210902	ALEXANDRE DE MORAES
HC 211029	CÁRMEN LÚCIA
HC 220361 AgR	NUNES MARQUES
HC 218792 AgR	ROBERTO BARROSO
HC 212892 AgR	NUNES MARQUES
RE 1393423 AgR	EDSON FACHIN
HC 208434 AgR	DIAS TOFFOLI
HC 207964 AgR	ROBERTO BARROSO
HC 207605 AgR	ROBERTO BARROSO
HC 223122 MC	NUNES MARQUES
HC 223481	ROBERTO BARROSO
HC 222948 MC	NUNES MARQUES
HC 223058	DIAS TOFFOLI
Rcl 55516	DIAS TOFFOLI
HC 217633	ANDRÉ MENDONÇA
HC 222053	GILMAR MENDES
HC 222389	CÁRMEN LÚCIA
Rcl 57396	LUIZ FUX
HC 221718	GILMAR MENDES
RE 1414430	LUIZ FUX
HC 216181	ANDRÉ MENDONÇA
Rcl 56737	ROBERTO BARROSO
HC 222826	CÁRMEN LÚCIA
ARE 1411272	ALEXANDRE DE MORAES
RHC 222287	LUIZ FUX
HC 222641	ROBERTO BARROSO

HC 221719	ANDRÉ MENDONÇA
ARE 1398034 AgR	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 222528	LUIZ FUX
RHC 222500	CÁRMEN LÚCIA
ARE 1409585	Min. PRESIDENTE Decisão proferida pela Min. ROSA WEBER
HC 222550	LUIZ FUX
HC 218370	ANDRÉ MENDONÇA
Rcl 53686	ROBERTO BARROSO
HC 222019	GILMAR MENDES
RE 1409931	RICARDO LEWANDOWSKI
ARE 1410937	Min. PRESIDENTE Decisão proferida pela Min. ROSA WEBER
RE 1405285	DIAS TOFFOLI
HC 222135	CÁRMEN LÚCIA
RHC 219955	ANDRÉ MENDONÇA
HC 214705	ANDRÉ MENDONÇA
HC 221567	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 222093	CÁRMEN LÚCIA
HC 221744	CÁRMEN LÚCIA
ARE 1410586	LUIZ FUX
HC 222149	LUIZ FUX
RHC 221540	NUNES MARQUES
HC 221382	DIAS TOFFOLI
Rcl 56677	CÁRMEN LÚCIA
HC 221681 MC	NUNES MARQUES
RHC 221541	NUNES MARQUES
Rcl 55685	ANDRÉ MENDONÇA
HC 221817	GILMAR MENDES
HC 220817	GILMAR MENDES
HC 221563	CÁRMEN LÚCIA
RHC 220096 MC	EDSON FACHIN
HC 221625	CÁRMEN LÚCIA
RHC 221613	RICARDO LEWANDOWSKI
RHC 221539	DIAS TOFFOLI
ARE 1407310	LUIZ FUX
HC 221607	CÁRMEN LÚCIA
RHC 221280	GILMAR MENDES
Rcl 55520	ANDRÉ MENDONÇA

HC 215049	ANDRÉ MENDONÇA
HC 212659	ANDRÉ MENDONÇA
Rcl 55363	ROBERTO BARROSO
Rcl 55515	ROBERTO BARROSO
RHC 212481	GILMAR MENDES
HC 221344	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 221025 MC	DIAS TOFFOLI
HC 220889	DIAS TOFFOLI
HC 220361	NUNES MARQUES
ARE 1404219	Min. PRESIDENTE Decisão proferida pela Min. ROSA WEBER
HC 220637	NUNES MARQUES
RHC 220087	NUNES MARQUES
RE 1400204	EDSON FACHIN
ARE 1404231	EDSON FACHIN
HC 219563	ANDRÉ MENDONÇA
HC 219710	EDSON FACHIN
RHC 220549	CÁRMEN LÚCIA
HC 211262	ANDRÉ MENDONÇA
HC 220651	LUIZ FUX
HC 220514 MC	NUNES MARQUES
HC 220475 MC	NUNES MARQUES
RHC 220099	LUIZ FUX
RHC 220093	NUNES MARQUES
RHC 220118	ALEXANDRE DE MORAES
HC 213513	ANDRÉ MENDONÇA
HC 220125	GILMAR MENDES
RHC 219972	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 219504	CÁRMEN LÚCIA
HC 220132	GILMAR MENDES
HC 219799	CÁRMEN LÚCIA
HC 219607	NUNES MARQUES
HC 219749 MC	NUNES MARQUES
HC 216557	ANDRÉ MENDONÇA
Rcl 54750	EDSON FACHIN
HC 219539	ALEXANDRE DE MORAES
RHC 218670	GILMAR MENDES
HC 218792	ROBERTO BARROSO
RHC 219225	ROSA WEBER

HC 219125	GILMAR MENDES
HC 219368	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 219329	GILMAR MENDES
HC 212299	ANDRÉ MENDONÇA
Rcl 55314	ROSA WEBER
Rcl 55184	GILMAR MENDES
HC 218890	RICARDO LEWANDOWSKI
RHC 218667	CÁRMEN LÚCIA
RHC 213142	ANDRÉ MENDONÇA
HC 214039	ANDRÉ MENDONÇA
HC 218427	CÁRMEN LÚCIA
HC 218715	GILMAR MENDES
HC 207051	NUNES MARQUES
HC 207823	EDSON FACHIN
HC 212595	ANDRÉ MENDONÇA
HC 218410	CÁRMEN LÚCIA
RE 1393421	EDSON FACHIN
RHC 217591	EDSON FACHIN
HC 213457	ANDRÉ MENDONÇA
RHC 218437	DIAS TOFFOLI
ARE 1394782	ALEXANDRE DE MORAES
HC 216185	GILMAR MENDES
RHC 214568	ANDRÉ MENDONÇA
HC 218266	GILMAR MENDES
HC 212124	ANDRÉ MENDONÇA
RHC 216261 MC	NUNES MARQUES
HC 218246	GILMAR MENDES
RHC 215498	NUNES MARQUES
RHC 217287	DIAS TOFFOLI
HC 217945	ROBERTO BARROSO
HC 217150	GILMAR MENDES
RHC 217929	ALEXANDRE DE MORAES
MS 38662	RICARDO LEWANDOWSKI
RHC 217426	CÁRMEN LÚCIA
RHC 217612	ROSA WEBER
RHC 217561	ALEXANDRE DE MORAES
Rcl 54244	GILMAR MENDES
RHC 215774	EDSON FACHIN
RHC 215904	DIAS TOFFOLI

HC 217040	ALEXANDRE DE MORAES
RE 1263224	EDSON FACHIN
ARE 1383463	DIAS TOFFOLI
ARE 1387147	CÁRMEN LÚCIA
HC 216812	ROSA WEBER
HC 215081	NUNES MARQUES
HC 216708	ROSA WEBER
RHC 216410	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 209511	EDSON FACHIN
HC 215769	GILMAR MENDES
RE 1381193	DIAS TOFFOLI
HC 215990	ALEXANDRE DE MORAES
HC 215885	CÁRMEN LÚCIA
RHC 215906	ROSA WEBER
HC 215826	ALEXANDRE DE MORAES
HC 215820	ALEXANDRE DE MORAES
HC 215811	ALEXANDRE DE MORAES
RHC 215495 MC	NUNES MARQUES
RHC 215708	ROBERTO BARROSO
HC 215401 MC	NUNES MARQUES
ARE 1382780	NUNES MARQUES
RHC 212354	DIAS TOFFOLI
HC 215420	ROSA WEBER
RE 1379851	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 214845	DIAS TOFFOLI
RE 1349339	CÁRMEN LÚCIA
HC 215166	CÁRMEN LÚCIA
HC 214982	RICARDO LEWANDOWSKI
RHC 214587	CÁRMEN LÚCIA
RE 1344376	CÁRMEN LÚCIA
HC 214764	CÁRMEN LÚCIA
HC 215061	GILMAR MENDES
ARE 1378118	ALEXANDRE DE MORAES
ARE 1379450	ROBERTO BARROSO
RE 1372813	ALEXANDRE DE MORAES
RHC 213852	ROSA WEBER
HC 213595	GILMAR MENDES
HC 214050	GILMAR MENDES
HC 214360	CÁRMEN LÚCIA

RHC 213755	CÁRMEN LÚCIA
HC 212892	NUNES MARQUES
HC 214209	DIAS TOFFOLI
RHC 214007	ROBERTO BARROSO
HC 214017	ALEXANDRE DE MORAES
RHC 213852	ROSA WEBER
RHC 213356	CÁRMEN LÚCIA
HC 213821	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 213671	RICARDO LEWANDOWSKI
RHC 213547	ROSA WEBER
ARE 1374032	ROBERTO BARROSO
RHC 213488	GILMAR MENDES
HC 212463	NUNES MARQUES
RHC 212352	NUNES MARQUES
HC 209043	ROSA WEBER
HC 213047	DIAS TOFFOLI
HC 211716	ROSA WEBER
HC 213105	CÁRMEN LÚCIA
HC 213031	ROBERTO BARROSO
HC 213068	GILMAR MENDES
HC 212290	CÁRMEN LÚCIA
HC 212938	RICARDO LEWANDOWSK
HC 212866	ROBERTO BARROSO
HC 212875	EDSON FACHIN
RHC 210188	GILMAR MENDES
HC 212635	CÁRMEN LÚCIA
HC 211694	GILMAR MENDES
ARE 1369328	RICARDO LEWANDOWSKI
HC 212421 MC	NUNES MARQUES
HC 212452	ROBERTO BARROSO
HC 212383	ROBERTO BARROSO
HC 212209	ALEXANDRE DE MORAES
RHC 210270	DIAS TOFFOLI
ARE 1368178	Min. PRESIDENTE Decisão proferida pelo Min. LUIZ FUX
RE 1346806	NUNES MARQUES
HC 211892	Min. PRESIDENTE Decisão proferida pelo Min. LUIZ FUX
RHC 211843	RICARDO LEWANDOWSKI

RE 1356180

ROSA WEBER

TABELA 2 – Acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2022

Número do Processo	Ministro (a) Relator (a)
AgRg no RHC 163053 / SC	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 671177 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 692664 / RS	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 713679 / RS	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 759140 / ES	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no AgRg no AREsp 2105826/ GO	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no AREsp 2173553 / AP	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no RHC 161546 / AL	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no RHC 156973 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 757108 / PE	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 745414 / SP	MESSOD AZULAY NETO
AgRg no HC 686100 / RJ	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 741058 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no REsp 2019123 / SC	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 740658 / PR	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 770572 / GO	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no AgRg no AREsp 1987449 / SE	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 674281 / SC	JESUÍNO RISSATO
AgRg no RHC 140729 / AL	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
HC 762932 / SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
HC 770216 / GO	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no HC 776859 / SP	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no AREsp 2164646 / RS	RIBEIRO DANTAS
AgRg no REsp 1963233 / RS	OLINDO MENEZES
AgRg no RHC 167093 / MG	OLINDO MENEZES
AgRg no RHC 165426 / MG	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 740971 / SC	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no RHC 168383 / MG	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 772023 / SP	JESUÍNO RISSATO
RHC 169942 / MA	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RHC 171221 / MG	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 767363 / PB	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 742270 / GO	LAURITA VAZ
HC 684822 / CE	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
HC 737181 / SP	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

AgRg no HC 678117 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no RHC 160806 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 740082 / RS	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 771129 / RS	RIBEIRO DANTAS
AgRg no HC 758948 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
HC 760900 / SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 714559 / SP	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 771337 / SP	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 732128 / SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
HC 758539 / SP	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no REsp 1999653 / MG	RIBEIRO DANTAS
HC 745637 / MG	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
HC 756039 / AM	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 732809 / DF	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 755108 / SC	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 733910 / SC	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 711985 / PR	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no AREsp 2053067 / SC	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 692646 / SC	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 749888 / RS	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 759698 / SE	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 749415 / PR	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 730480 / DF	OLINDO MENEZES
AgRg no REsp 1988099 / SE	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no AREsp 2034526 / GO	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 611716 / RJ	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AgRg no HC 644350 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 752710 / GO	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 718617 / MG	OLINDO MENEZES
HC 725728 / RS	OLINDO MENEZES
HC 730755 / SP	OLINDO MENEZES
HC 718075 / SP	OLINDO MENEZES
HC 747856 / PR	OLINDO MENEZES
AgRg no REsp 1999454 / MG	OLINDO MENEZES
HC 680830 / PR	LAURITA VAZ
HC 691515 / MG	LAURITA VAZ
AgRg no HC 746997 / SP	RIBEIRO DANTAS
AgRg no HC 746447 / SP	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 747053 / SP	JESUÍNO RISSATO

AgRg no HC 731283 / SE	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 711985 / PR	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 746036 / RS	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 749950 / RS	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no REsp 1994626 / MG	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 723516 / SP	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 745504 / SP	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AgRg no AREsp 2004904 / MG	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 746275 / SP	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 746279 / SP	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 742003 / SP	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 737699 / PR	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 685744 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no AREsp 2035493 / AM	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 730622 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 724794 / SC	OLINDO MENEZES
HC 728920 / GO	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 709088 / RS	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no HC 717957 / GO	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no REsp 1987717 / MG	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 731374 / SP	LAURITA VAZ
AgRg no HC 742896 / GO	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 699233 / MG	LAURITA VAZ
AgRg no HC 666270 / SP	OLINDO MENEZES
HC 726853 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no AREsp 2063631 / MG	RIBEIRO DANTAS
AgRg no HC 732642 / SP	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 729860 / RJ	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no HC 734423 / GO	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AgRg no HC 723831 / SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no EDcl no AREsp 2084715/SP	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no RHC 162394 / DF	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no HC 693689 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 703991 / RS	RIBEIRO DANTAS
AgRg no HC 711412 / MG	RIBEIRO DANTAS
RHC 154330 / MG	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no RHC 163983 / PI	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 721911 / RS	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AgRg no HC 728972 / RS	JESUÍNO RISSATO

AgRg no RHC 161381 / RS	JESUÍNO RISSATO
HC 668886 / RJ	LAURITA VAZ
AREsp 2019441 / SP	OLINDO MENEZES
REsp 1978068 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 729503 / GO	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 704015 / GO	LAURITA VAZ
RHC 160970 / MG	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 711033 / GO	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 682850 / MS	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
HC 650630 / SP	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
HC 698686 / SE	OLINDO MENEZES
HC 704803 / SP	OLINDO MENEZES
HC 706763 / SP	OLINDO MENEZES
HC 715390 / RJ	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 724231 / DF	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
HC 707905 / SP	OLINDO MENEZES
HC 696419 / SP	OLINDO MENEZES
HC 696415 / MG	OLINDO MENEZES
HC 663055 / MT	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 727811 / RS	REYNALDO SOARES DA FONSECA
AgRg no RHC 159484 / MG	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 698869 / RS	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
HC 695980 / GO	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
HC 695380 / PB	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 714330 / RS	ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AgRg no RHC 158534 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 718604 / RS	JESUÍNO RISSATO
HC 711234 / MT	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 644350 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
HC 720640 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 694509 / GO	OLINDO MENEZES
HC 702674 / SE	OLINDO MENEZES
HC 714394 / PR	OLINDO MENEZES
RHC 156713 / RJ	OLINDO MENEZES
HC 710891 / SC	OLINDO MENEZES
HC 713775 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 692807 / GO	OLINDO MENEZES
HC 709552 / RS	OLINDO MENEZES
RHC 154217 / MS	OLINDO MENEZES

HC 697057 / SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
HC 713676 / RS	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RHC 137487 / PA	LAURITA VAZ
REsp 1958166 / SC	OLINDO MENEZES
AgRg no HC 668321 / SP	OLINDO MENEZES
HC 579050 / PB	SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
HC 674139 / SP	ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AgRg no HC 655034 / MG	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AgRg no HC 698107 / SP	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AgRg no HC 703691 / SP	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AgRg no RHC 158295 / RS	JESUÍNO RISSATO
AgRg no HC 697976 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 701504 / SP	OLINDO MENEZES
AgRg no RHC 157728 / PR	REYNALDO SOARES DA FONSECA
HC 674037 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 708252 / GO	JESUÍNO RISSATO
HC 709578 / SP	JESUÍNO RISSATO
HC 711101 / SP	JESUÍNO RISSATO

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: O QUE SÃO STANDARDS PROBATÓRIOS?	24
1.1 BREVE NOÇÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO	28
1.2 A ATIVIDADE PROBATÓRIA NA TOMADA DE DECISÃO	36
1.3 OS STANDARDS PROBATÓRIOS: MECANISMOS DE CONTROLE DO CONVENCIMENTO JUDICIAL.....	43
1.4 STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ...	55
2 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	67
2.1 A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	68
2.1.1 O Tema 280 do Supremo Tribunal Federal	70
2.1.2 Categorização das premissas fáticas	72
2.1.3 Categorização das premissas normativas	74
2.2 A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	77
2.2.1 Categorização das premissas fáticas	79
2.2.2 Categorização das premissas normativas	80
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO	85
3.1 A DIMENSÃO HISTÓRICA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR	85
3.2 A DIMENSÃO FUNDAMENTAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR	92
3.2.1 Liberdades e relatividade: níveis aceitáveis e não aceitáveis de afetação da inviolabilidade do domicílio	95
3.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: ELEMENTOS ESTRUTURANTES E EXCEÇÕES.....	97
3.3.1 O flagrante delito	105
4 ANÁLISE CRÍTICA DO STANDARD PROBATÓRIO PARA A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO	113
4.1 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: O LIMITE COGNITIVO E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E A URGÊNCIA	114

4.2 A <i>PROBABLE CAUSE</i> PARA A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO.	125
4.2.1 A <i>probable cause</i> : um <i>standard</i> probatório autônomo?.....	125
4.2.2 Análise crítica da <i>probable cause</i> segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores	131
4.2.2.1 Denúncia anônima e investigação prévia	131
4.2.2.2 A apreensão de drogas em busca pessoal	137
4.2.2.3 Suspeito conhecido no meio policial, atitude ou comportamento suspeito e fuga	142
4.2.2.4 O consentimento do morador	149
4.2.3 Afinal, o que se considera fundadas razões?	156
5 CONCLUSÃO	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

1 INTRODUÇÃO: O QUE SÃO STANDARDS PROBATÓRIOS?

Aquilo que ordinariamente é denominado direito “corresponde a uma certa atitude, uma forma de pensar, uma maneira de referir-se às instituições humanas em termos ideais” (ARNOLD, 1971, p. 47). Incorpora filosofias de revolta e de obediência, de instrumentos de controle e de dominação social e de proteção e amparo. Assim é que o termo direito é plurissignificativo e revela desde noções de justiça e de ciência à faculdade subjetiva e norma.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. delimita a vagueza semântica do termo (2023, p. 40):

Ora, o termo direito, em seu uso comum, é sintaticamente impreciso, pois pode ser conectado com verbos (meus direitos não valem), com substantivos (o direito é uma ciência), com adjetivos (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). Já do ponto de vista semântico, se reconhecemos que um signo lingüístico tem uma denotação (relação a um conjunto de objetos que constitui sua extensão – por exemplo, a palavra planeta denota os nove astros que giram em torno do Sol) e uma conotação (conjunto de propriedades que predicamos a um objeto e que constituem sua intenção – com s, em correlação com extensão -; por exemplo, a palavra homem conota o ser racional, certamente, um termo denotativa e conotativamente impreciso. Falamos, assim, em *ambigüidade* e *vagueza* semânticas. Ele é denotativamente vago porque tem muitos significados (extensão). Veja a frase: “direito é uma ciência (1) que estuda o direito (2) quer no sentido do direito objetivo (3) – conjunto das normas -, quer no direito subjetivo (4) – faculdades”. Ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa. Por exemplo, se definirmos direito como conjunto de normas, isto não cabe para direito como ciência. Ou seja, é impossível uma única definição que abarque os dois sentidos. Por fim, pragmaticamente, direito é uma palavra que tem grande carga emotiva. Como as palavras não apenas designam objetos e suas propriedades, mas também manifestam emoções (justiça! tradicionalista! liberalóide!), é preciso ter-se em conta isto para defini-las. A dificuldade que daí decorre está em que, ao definir direito, podemos melindrar o leitor, se propomos, por exemplo, uma definição pretensamente neutra como: direito é um conjunto de prescrições válidas, não importa se justas ou injustas.

Sempre que se está a falar sobre direito, compete ao sujeito cognoscente indicar o sentido do termo que tenciona explorar o estudo. Nessa linha, para o fim que interessa essa pesquisa, direito enquanto norma revela o conjunto de preceitos legais que regula a vida em sociedade, ou seja, o conjunto de diretivos vinculantes da ação humana com caráter imperativo e coercitivo, no sentido de institucionalizado, que estatui uma hipótese normativa à qual se imputa uma consequência jurídica (FERRAZ JR, 2023, p. 115).

Dito de outro modo, direito-norma traduz-se no sistema de elementos normativos que coercitivamente rege a vida em determinada dimensão territorial. Sistema aqui entendido como sinônimo de ordenamento jurídico, ou seja, do “conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, graças ao qual elas não apenas estão uma ao lado das outras, mas se organizam num ordenamento jurídico” (LOSANO, 2008, p. XVIII).

O estudo sobre a norma e os seus desdobramentos (hermenêutica e exegese, argumentação e fundamentação jurídica etc.) – da *quaestio juris* – é objeto de debate acadêmico há muito¹. Contudo, o mesmo aparentemente não acontece com a problemática da justificação dos fatos.

A doutrina, como lembra Luigi Ferrajoli, ocupa-se da verdade a respeito das proposições jurídicas “e quase nunca da verdade (ou justificação) das proposições fáticas, concretas, para as quais é mais evidentemente iniludível, dentro de um sistema garantista, a referência empírica à existência ou não dos fatos em julgamento” (2006, p. 87).

Dos fatos nasce o direito. A base para aplicação da lei são os fatos. São eles que provocam o ajuizamento de ações judiciais; é a partir deles que se estabelece o âmbito de interação linguística para a tomada de decisão. É em torno deles que gravitam discussões sobre certezas e probabilidades. Os fatos estão, assim, na base da relação processual.

Como eventos empíricos que são, precisam ser comprovados. São as provas dos fatos que norteiam a conduta das partes e a tomada de decisão no processo judicial. Portanto, pode-se falar especificamente num direito à prova que decorre do *due process of law* e do direito constitucional ao contraditório. Aliás, é na produção e contraprodução da prova que esse princípio abstrato se realiza no concreto, permitindo que o processo judicial esteja lastreado em evidências verificáveis, reproduzíveis e auditáveis.

¹ A título exemplificativo: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015; MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1984; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais: A crise na construção das respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Mas qual o grau de suporte probatório necessário para que uma alegação fática seja considerada comprovada? *Quanto* de prova se exige sobre os fatos para a incidência da norma jurídica? Essas perguntas assumem maior importância na medida em que os sistemas processuais hodiernos abandonaram as formas fortes de Sistemas Probatórios Legais ou Taxativos e adotaram formas fortes de Livre Convencimento Motivado como critérios de avaliação das evidências pelos magistrados.

No entanto, após larga experiência, também o modelo baseado no livre convencimento do magistrado demonstrou necessidade de aperfeiçoamentos e adoção de algumas “tarifas” pontuais que possam guiar minimamente a atividade do magistrado, conferindo-lhe alguma medida de objetividade. Eis, então, o debate sobre a implementação de *standards*² probatórios.

É essencial que a verificabilidade dos fatos se dê através de critérios objetivos e cognoscíveis aos sujeitos processuais; o estabelecimento desses modelos de constatação auxilia no controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos. Como ressalta Danilo Knikij, os *standards* probatórios nada mais são do que os critérios para orientar a análise da prova, “critérios para efetivamente submeter ao contraditório, a par de um diálogo comum, as opções valorativas do juiz” (2001, p. 15–52).

Assim é que a presente pesquisa abordará a temática dos *standards* probatórios, com especial enfoque na tensão entre inviolabilidade domiciliar e flagrante delito.

Desse modo, o objetivo geral consiste em investigar o *standard* probatório que justifica a entrada policial forçada em domicílio nas hipóteses de flagrante delito segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Para tanto, neste capítulo inicial serão apresentadas premissas teóricas sobre a tomada de decisão e, na sequência, enunciado os modelos de *standards* probatórios no processo penal.

O capítulo seguinte apresentará o estado da arte segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores. O que se pretende, a partir do segundo capítulo, é apresentar as premissas fáticas e jurídicas que sustentam a entrada

² Tradução livre: estândar. O termo, no português, é pouco utilizado na doutrina brasileira, que consagra a nomenclatura em inglês a ser grafada no presente trabalho.

forçada em domicílio em hipótese de flagrante delito, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A partir do terceiro capítulo, será teorizado o direito fundamental que serve de substrato para a problematização: a inviolabilidade domiciliar.

No quarto capítulo, será abordado, de forma crítica, se é possível extrair da leitura jurisprudencial o *standard* probatório que fundamenta a entrada forçada em domicílio. A abordagem será realizada de forma concreta e de acordo com o suporte fático, é dizer, analisando-se criticamente as premissas fáticas que, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, legitimam o ingresso policial forçado em residência alheia na hipótese de flagrante delito.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida a partir do método indutivo, uma vez que, observado o fenômeno individual (análise de casos concretos aportados nos Tribunais Superiores que versem sobre a entrada forçada em domicílio em hipótese de flagrante delito), uma proposição mais geral poderá ser estabelecida (o *standard* probatório que justifica o ingresso em domicílio alheio).

A estratégia de pesquisa se dará por meio do estudo de caso, cujo recorte temporal será 01.01.2022 a 31.12.2022 (data de julgamento). O campo espacial se limitado às decisões públicas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça³ e Supremo Tribunal Federal⁴, a partir da busca na ferramenta *jurisprudência*, mediante os termos interseccionados (“and”) “entrada AND domicílio AND flagrante AND crime AND permanente”.

O objeto principal consiste no crime de tráfico de drogas, é dizer, as ponderações lançadas partem da análise dessa hipótese delitiva.

O estudo de caso abordará a categorização de dados quantitativos e qualitativos, organizando-os segundo os parâmetros fáticos e jurídicos apresentados pelos Tribunais Superiores, com cotejo entre si.

A partir daí, será problematizado o modelo probatório adotado pela jurisprudência para, ao final, investigar o *standard* probatório que justifica a entrada forçada em domicílio em situação flagrancial segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

³ <https://www.stj.jus.br/>

⁴ <https://portal.stf.jus.br/>

1.1 BREVE NOÇÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO

Processo, de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, consiste no conjunto de relações jurídicas que se estabelece, em contraditório, entre os sujeitos processuais cujo conteúdo será determinado pela Constituição Federal e demais normas processuais (NUNES, 2008, p. 208). Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional” (2020, p. 535).

O processo também pode ser visto a ótica do direito probatório: “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar provas” (BENTHAM, 1971, p. 10). É dizer, seu objetivo consiste no convencimento judicial através do qual se efetivará um determinado resultado prático favorável àquele que comprovou a ocorrência de fatos sobre os quais incide um enunciado normativo.

O processo é, assim, um instrumento de reconstrução aproximativa de determinado fato ou, nas palavras de Cordero, uma máquina retrospectiva que se dirige a estabelecer se algo ocorreu (2000, p. 7).

As provas são os instrumentos através dos quais se pretende essa reconstrução de um fato passado.

Convém assinalar, contudo, que a palavra prova pode assumir outras conotações. Pode significar os ditos instrumentos de que o magistrado se serve para conhecimento dos fatos (prova testemunhal, prova documental, prova pericial etc.). Pode também representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos são recepcionados (produção da prova). Pode, ainda, remeter à atividade lógica para produção dos fatos (percepção, indução e dedução). E trata, por fim, do resultado da atividade lógica do conhecimento (MARINONI, ARENHART e MITIDIEIRO, 2020, p. 293).

No sentido aqui empregado (prova como instrumento), meio de prova não se confunde com meio de obtenção de prova. Na síntese de Gustavo Badaró,

[...] enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim,

aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos (2012, p. 270).

O tema probatório é sempre a afirmação de um fato passado. O objetivo da prova é conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos, sendo um instrumento de convencimento (ABELLÁN, 2022, p. 19)⁵.

Os fatos (ou, mais precisamente, as afirmações de fatos) são, pois, o objeto da prova.

Devem se provar fatos, não o direito. Pela máxima *jura novit curia* (“o tribunal conhece os direitos”), tem-se que o direito alegado não é objeto de prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo. Também se diz *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dê-me os fatos, que lhe dou o direito”), para significar que basta à parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente (WAMBIER e TALAMINI, 2008, p. 453).

Fato é o que ocorreu, aquilo que realmente existe (SIDOU, 2016, p. 277). Consiste em qualquer evento ou acontecimento que acarrete a modificação externa da realidade. O nascimento e a morte são fatos, assim como a queda de um raio ou uma tempestade os são.

Os acontecimentos (naturais ou humanos) quando previstos em normas jurídicas são qualificados como fatos jurídicos dos quais se nasce, modifica-se, subsiste e extingue-se uma relação jurídica (DINIZ, 2022, p. 242). É a partir deles – dos fatos – que se constrói a dialeticidade jurídica a partir da qual o provimento jurisdicional recairá.

Michele Taruffo lembra (2016, p. 60):

Não há dúvidas de que os fatos devem ser *levados a sério*. Muitas causas são vencidas ou perdidas *nos fatos*, dependendo de se o autor conseguiu ou não provar os fatos postos como fundamento de sua demanda; muitos *hard cases* são *hard* porque os fatos são complexos em demasia e difíceis de se subsumir em uma clara regra de direito. Além disso, no processo os fatos são

⁵ Marina Gascón Abellán diferencia a concepção cognitivista da prova daquela persuasiva: “O cognitivismo se opõe à concepção *persuasiva* da prova, esta que defende que a finalidade probatória é apenas persuadir o julgador com o objetivo de obter uma resolução favorável. Não se pode sequer contestar se a convicção do juiz está certa ou errada: simplesmente o julgador está persuadido. Essa forma de entender a prova é compatível com (e, mais ainda, implica) uma concepção irracional da decisão sobre os fatos (ou da valoração da prova, que é seu núcleo essencial), sendo difícil ou mesmo impossível a exteriorização e o controle [...] Ao contrário, para o *cognitivismo*, a valoração da prova é concebida como uma atividade *racional*, consistente em verificar a verdade dos enunciados à luz das provas disponíveis e, portanto, suscetível de exteriorização e controle”. (2022, p. 19).

o ponto de referência de todo o mecanismo que concerne às provas e à sua produção (destaques no original).

Em síntese, como eventos empíricos que são, precisam ser comprovados pelas partes. São as provas dos fatos que norteiam a conduta das partes e a tomada de decisão no processo judicial.

Mais precisamente, a atividade probatória recai sobre os enunciados fáticos, ou seja, sobre a afirmação (linguagem) a respeito do fato. E isso porque os fatos se exaurem no exato momento em que são praticados, de modo que a prova incide em uma memória dos fatos, e não sobre os fatos propriamente ditos (TRINDADE, 2017, p. 303).

Nesse sentido, Michele Taruffo averba que os fatos são tomados no processo enquanto enunciados daquilo que ocorreu faticamente:

Em verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato (TARUFFO, 2014, p. 19).

É, pois, sobre a assertiva fática apresentada pelas partes (enunciado de fato) que recairá a prova e conseqüentemente a decisão judicial. “É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato” (MARINONI, ARENHART e MITIDIEIRO, 2020, p. 297).

Dessa forma, a narrativa processual se subsumirá ao controle “*p* está provado” – o que não significa dizer que “*p* é verdadeiro”, tampouco que a verdade seja indiferente ao processo.

O problema da verdade no processo e fora dele não é novo⁶.

⁶ “A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.

E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.

Miguel Reale sintetiza a problemática e a busca incessante por um objeto inatingível:

[...] se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo de logicamente redutível a uma correlação precisa entre 'pensamento e realidade', tomando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como 'realidade fatural', forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas, deixa-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção kantiana essencial entre 'conhecer segundo conceitos' e 'pensar segundo ideias', isto é, acrescento eu com certa elasticidade, 'pensar segundo conjecturas'. De mais a mais, discutem até hoje os filósofos e cientistas no que tange à definição de verdade, e os conceitos que se digladiam não são mais do que conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de homo sapiens pretenda sustentar o contrário. [...] Não há nessa atitude, porém, nenhum laivo de ceticismo ou de relativismo, pois quem conjectura, quando a verdade não se lhe impõe precisamente ao espírito, quer lançar uma ponte sobre a dúvida que separa uma verdade da outra, para usarmos uma imagem feliz de Augusto Comte. É que o pensamento, tanto como a natureza, tem horror ao vácuo, ao não explicado ou compreendido. Vaihinger, afirmando que toda verdade se reduz a uma 'ficção', a um como se (als ob) que o nosso espírito admite para compreender e dominar uma série de situações problemáticas, atendendo, assim, a exigências biológicas, e, mais amplamente, existenciais. A teoria da verdade reduzir-se-ia, desse modo, a uma teoria das ficções conscientes e úteis, em função dos esquemas ideais com que o homem encapsula o real e o ordena segundo os seus próprios fins vitais, constituindo, ao mesmo tempo, uma lógica naturalista e operacional. (1983, p. 17-18).

Foge à finalidade desse estudo responder à indagação sobre o que é verdade. Mesmo na filosofia, não se tem (e nem se poderia ter) um conceito ou uma definição do termo, havendo quem, inclusive, defenda que verdade não existe, como Friedrich Nietzsche⁷.

E os dois meios perfis não coincidem.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram a um lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades,
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
As duas eram totalmente belas.
Mas carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia."
(Carlos Drummond de Andrade)

⁷ "O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo solidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam seu troquel e agora são levadas em conta apenas como metal, e não mais como moeda" (NIETZSCHE, 2008, p. 36).

Luigi Ferrajoli lembra que “uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ‘ingenuidade epistemológica’” (2006, p. 52).

Certezas racionais são, conforme assenta Ferrer Beltrán, inalcançáveis:

Nunca um conjunto de elementos de juízo, por mais rico e confiável que seja, permitirá alcançar certezas racionais – não psicológicas ou subjetivas – a respeito da ocorrência de um fato, de forma que todo enunciado fático é necessariamente verdadeiro ou falso, mas as naturais limitações epistêmicas colocam-nos sempre diante de decisões que devem ser tomadas em contextos de incerteza (BELTRÁN, 2022, p. 243).

Um mesmo evento pode ser narrado ou apreendido pelos sentidos de diversas maneiras⁸. Justamente em razão de a realidade poder ser captada em suas múltiplas formas, com diferentes recortes, e expressa através da linguagem, influenciada por pré-compreensões racionais ou instintivas, é que a representação da verdade ontológica é impossível.

Com efeito, “toda discussão sobre a ‘verdade’ há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação” (DIDIER JR, 2015, p. 47).

Portanto, ao não se exigir a *verdade do enunciado*, como correspondência do enunciado com o fato, mas apenas a *prova do enunciado*, como correspondência das provas produzidas no processo com o que foi enunciado, não se pode exigir que a prova sobre a *veracidade* de um enunciado fático seja absoluta. A verdade ontológica não pode ser alcançada. Não se pode dizer que um fato é verdadeiro ou falso; mas sim que existiu ou não. Adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se diz sobre o fato - mas não o fato em si, que está

⁸ O ponto pode ser aprofundado sob a ótica da prova testemunhal e a memorização de fatos pelo sujeito-observador. López explica “O testemunho de uma pessoa sobre um acontecimento qualquer depende essencialmente de cinco fatores: a) do modo como percebeu esse acontecimento; b) do modo como sua memória o conservou; c) do modo como é capaz de evocá-lo; d) do modo como quer expressá-lo; e) do modo como pode expressá-lo. O primeiro fator depende por sua vez de condições externas (meios) e internas (aptidões) de observação. O segundo, puramente neurofisiológico, encontra-se somente influenciado por condições orgânicas, do funcionamento mnêmico. O terceiro, misto, isto é, psico-orgânico, é talvez o mais complexo, pois nele intervêm poderosos mecanismos psíquicos já estudada repressão ou censura). O quarto, grau de sinceridade, é puramente psíquico e se estudo experimental objetivo foi assunto das páginas anteriores. Finalmente, o quinto, grau de precisão expressiva, isto é, grau de fidelidade e clareza com que o indivíduo é capaz de descrever suas impressões e representações até fazer com que as demais pessoas as sintam ou compreendam como ele, é um dos menos estudados e talvez dos mais importantes. A psicologia devia, em primeiro lugar, estudar cada um desses cinco fatores isoladamente e, depois, confrontar o testemunho em sua totalidade com a realidade, isto é, com a verdade dos fatos testemunhados” (2016, p. 187-188).

no campo ôntico do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração (DIDIER JR, 2015, p. 46).

É por isso que perde espaço a distinção entre verdade real ou material e verdade formal ou processual. Aquela entendida como a verdade fática, perfeita, que representa o que efetivamente aconteceu no plano empírico; esta compreendida como a verdade estabelecida no contexto do processo, incompleta e menos confiável. Há quem diga que a verdade real seria perseguida no processo penal e a verdade formal seria própria do processo civil⁹.

Essa distinção é ontologicamente incoerente: a verdade é uma só¹⁰, fora e dentro do processo, seja cível ou penal. “A verdade é como a água: ou é pura ou não é verdade” (CARNELUTTI, 1947, p. 34).

Não é demais lembrar que o mito da “verdade real” repousa em bases inquisitoriais e, a partir daí, foi usado em sistemas políticos autoritários para justificar a busca de uma “verdade” a qualquer custo, inclusive legitimando a tortura e outras formas de tratamento cruel e desumano. Coincidentemente ou não, é justamente no processo penal, em que a seletividade do direito penal atua incisivamente, que ainda hoje se advoga a busca da clamada verdade material:

Acima de tudo, a verdade real é um mito, que deve ser desconstruído, e apenas serviu (e ainda serve) para justificar os atos abusivos praticados pelo Estado. Falar em verdade real é falar em algo absolutamente impossível de ser alcançado, a começar pela inexistência de verdades absolutas. A própria ciência encarregou-se de demonstrar isto. Ademais, não há que se esquecer que o crime é um fato histórico (para isso servem a prova e o próprio processo) é sempre minimalista e imperfeita (AVILA, GUALAND e PIRES FILHO, 2006, p. 43-44).

Em realidade, a verdade – enquanto premissa de pacificação social e resolução de conflitos – é uma verdade possível (FERRAJOLI, 2006, p. 53), determinada de acordo com a linguagem e as regras estabelecidas. É uma verdade provável, que representa o maior conhecimento possível do fato, alcançada com respeito aos direitos e garantias fundamentais dos sujeitos processuais.

Gustavo Badaró, na esteira de Jordi Ferrer-Beltrán, explica a correlação entre prova e verdade:

[...] o enunciado “p está provado” deve ser entendido como sinônimo de “há elementos de prova suficientes a favor de p”. Isso não quer dizer que a

⁹ Por todos: Vicente Grego Filho. *Direito Processual Civil brasileiro*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200.

¹⁰ Mais uma vez, frisa-se não haver consenso sequer sobre o que é verdade.

proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa. Assim sendo, afirmar que “p está provado” denota que este enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de prova suficientes a favor de p, e falso quando não se dispuser de elementos de prova a favor de p ou quando eles forem insuficientes. Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos (BADARÓ, 2018, p. 48).

Dizer que um enunciado fático é *verdadeiro* significa que a descrição fática corresponderia à realidade empírica. Ao passo que dizer que um enunciado está *provado* significa que a sua verdade, no processo, foi verificada, ou seja, confirmada pelas provas disponíveis (ABELLÁN, 2022, p. 20).

Em síntese, uma proposição está provada quando há “elementos de juízo suficientes a seu favor, que tornem aceitável essa proposição como descrição dos fatos do caso” (BELTRÁN, 2017, p. 73). O enunciado “p está provado” deve ser lido como sinônimo de “há elementos de juízo suficientes em favor de p”. *Ser verdadeiro* e *ser tido como verdadeiro* são situações distintas:

Quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição (o que não deve ser confundido com que a proposição seja verdadeira), então se pode considerar que a proposição está provada. Nesse caso, o juiz deve incorporá-la a seu raciocínio decisório e tê-la por verdadeira. (BELTRÁN, 2017, p. 79).

Aliás, se se vinculasse conceitualmente a prova de uma proposição à sua veracidade, não se poderia sequer considerar a existência de *standards* de prova, já que estes pressupõem o caráter gradual de corroboração de uma proposição, enquanto a verdade não admite gradação (é ou não é).

Pode-se dizer, assim, que a aceitação de uma proposição ou fato como verdadeira se trata de uma presunção. “Uma proposição provada é uma proposição admitida, aceita, fazendo parte, no que segue – pelo menos por um tempo-, das verdades oficiais” (LEVY e BRUHL, 1964, p. 22).

A decisão judicial não é a revelação da verdade, mas um ato de convencimento motivado e formado em contraditório com respeito ao devido processual legal. “O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a ‘verdade’, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal” (LOPES JR, 2019, p. 454).

Desse modo, ainda que não se possa obter uma verdade absoluta ou incontestável, é possível estabelecer, com base em uma probabilidade lógica,

“um grau adequado de confirmação racional das afirmações sobre a verdade dos fatos” (TARUFFO, 2016, p. 104).

A probabilidade aqui mencionada não se trata daquela matemática, que mede a frequência de número de possibilidades que um evento ocorra ou não, ou seja, a que adota a fórmula bayesiana (Teorema de Bayes), que, segundo Marina Gascón Abellan (2022, p. 35), permite

[...] que a informação estatística sobre um determinado evento (expressa por uma razão de *likelihood ratio*) seja combinada com informação não estatística (*a prior probability*), e o resultado dessa combinação é a *posterior probability*, que expressa a valoração final da prova. Especificamente, a fórmula bayesiana permite medir o impacto que, na probabilidade subjetiva prévia do fato a ser provado, provoca a introdução de posteriores elementos de prova de natureza estadística.

Trata-se da probabilidade lógica ou indutiva, segunda a qual a confirmação de uma hipótese depende do grau de apoio das provas. Esse modelo valorativo de confirmação é medido não pela frequência relativa, mas sim pelo apoio indutivo ou grau de confirmação de uma hipótese em relação a uma informação (ABELLÁN, 2022, p. 37).

Em resumo, a probabilidade lógica de uma hipótese é equivalente ao grau de confirmação pelas provas disponíveis. Dizer que um enunciado fático está provado é dizer que os elementos de juízo apontam para a verdade do enunciado em si, dados os elementos de prova disponíveis. Tratado presumivelmente como verdadeiro, de acordo com a lógica indutiva.

Nessa linha, a justificação das proposições fáticas está no cerne do processo. É crucial a adoção de mecanismos que permitam a verificabilidade dos fatos postos em disputa através de critérios probatórios bem definidos e sistematizados.

O elemento chave aqui é a *suficiência dos elementos de juízo*. A verdade de um enunciado (do tipo “p está provado”) não pode depender do subjetivismo do julgador, mas sim de sua *correspondência objetiva com o conjunto probatório*. A hipótese considerada provada deve estar sujeita à verificabilidade e à refutabilidade e não à crença íntima do julgador. Esse ponto de vista permite o deslocamento do eixo subjetivo na apreciação da prova.

Para poder dispor de um critério ou um conjunto de critérios que permitiram julgar a correção da decisão judicial dever-se-á dispor de uma teoria sobre a *suficiência dos elementos de juízo*, isto é, uma teoria que nos diga quando, ou sob quais condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes

para que resulte racional aceitar uma proposição como verdadeira no raciocínio decisório. (BELTRÁN, 2017, p. 82).

É a partir da adoção de um modelo racional do direito probatório que a definição de graus mínimos de corroboração de uma hipótese para que seja provada ganha relevância.

1.2 A ATIVIDADE PROBATÓRIA NA TOMADA DE DECISÃO

A atividade probatória na tomada decisão passa por fases que, de acordo com Ferrer-Beltrán (2022, p. 61), consistem: a) formação do conjunto de elementos de juízo; b) valoração desses elementos; e c) propriamente, a tomada de decisão.

O primeiro momento refere-se à formação dos elementos de juízo que poderão ser levados em consideração para a tomada de decisão. Incide aqui a máxima *quid non est in actis non est in mundo*¹¹. É dizer, o juiz deve levar em consideração tão somente os elementos constantes dos autos. Apenas os fatos discutidos e as provas trazidas aos autos sob o crivo do devido processo legal podem servir de fundamento para aplicação da lei.

Disso decorre a proibição de tomada de decisão com base no critério da verdade sabida, assim entendida como a ciência tida diretamente pela autoridade processante, uma vez que desatende, por completo, a exigência constitucional de oferecimento de defesa¹².

¹¹ Tradução livre: “o que não está nos autos não está no mundo”.

¹² O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento sobre a impossibilidade de utilização do critério da verdade sabida em procedimentos administrativos, em razão da violação do contraditório e ampla defesa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS (COBRAPOL) – ENTIDADE SINDICAL INVESTIDA DE LEGIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” PARA INSTAURAÇÃO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS QUE PREVÊEM PUNIÇÃO DISCIPLINAR ANTECIPADA DE SERVIDOR POLICIAL CIVIL – CRITÉRIO DA VERDADE SABIDA – ILEGITIMIDADE – NECESSIDADE DE RESPEITO À GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW” NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁTER DISCIPLINAR – DIREITO DE DEFESA – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI AMAZONENSE Nº 2.271/94 (ART. 43, §§ 2º a 6º) – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. – Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. “Nemo inauditus damnari debet”. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como

Do ponto de vista epistêmico, a busca pela verdade de um enunciado fático deveria poder utilizar todas as informações úteis para tanto. Trata-se da aplicação do *total evidence principle*. Assim é que “um regime legal da prova que fosse guiado por um ideal puramente epistêmico, ou seja, que tivesse na descoberta da verdade o seu fim primeiro e último, deveria admitir a produção de todo e qualquer meio de prova (BADARÓ, 2023, p, 158).

Ocorre que isso não acontece na prática.

O processo não é apenas um instrumento epistêmico. Por mais que a descoberta da verdade seja relevante, não é tudo. Não é um valor que deve ser perseguido a qualquer custo ou a qualquer preço. Outros valores, em especial a proteção de direitos fundamentais, caminham ao lado da descoberta da verdade como finalidade do processo.

[...] a celeridade na tomada de decisões, a proteção de direitos fundamentais, a proteção de segredos de Estado, o sigilo das revelações advogado-cliente etc. são também fins habitualmente reconhecidos na grande maioria dos ordenamentos jurídicos. [...] Por isso, para garantir a realização dessas finalidades, os ordenamentos estabelecem regras jurídicas processuais (mesmo que não somente processuais) que funcionam como um filtro de admissibilidade da prova, adicional ao juízo de relevância (BELTRÁN, 2022, p. 114).

Daí que a tomada de decisão deve considerar apenas o conjunto probatório validamente produzido, uma vez que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (CRFB/88, artigo 5º, LVI).

precipuo destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao “due process of law”, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. Doutrina. Precedentes. – Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa. Doutrina. Precedentes. (ADI 2120, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-02 PP-00276)

A regra da exclusão da prova ilícita consiste em escolha política constitucional de sacrifício do valor epistêmico da verdade em favor da proteção de direitos fundamentais. Trata-se de uma regra antiepistêmica: “se um meio de prova é relevante, mas não é admitido por violar um direito constitucional ou liberdade pública, o material probatório – lícito – a ser valorado será mais pobre do que aquele seria epistemologicamente possível” (BADARÓ, 2023, p. 169).

Sob a ótica do direito constitucional, a busca da verdade encontra limites no Estado de Direito – o que é algo positivo, por significar que este mesmo Estado restringe o seu próprio poder punitivo por reconhecer direitos fundamentais aos seus cidadãos.

A cláusula constitucional do devido processo legal tem, no dogma da inadmissibilidade de provas ilícitas, expressiva concretização, na medida em que impede que o réu seja processado ou condenado com apoio em elementos produzidos de forma incompatível com as regras do ordenamento jurídico. Seria no mínimo incoerente e contraditório que, no processo criminal, destinado à apuração de crimes, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, em verdadeira incidência indesejada do brocardo *venire contra factum proprium*,

Nessa linha, destaca com propriedade o Min. Celso de Mello, referindo-se às provas ilícitas:

[...] A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum” (BRASIL, 2007, p. 42).

Regulamentando o preceito constitucional, o artigo 157 do Código de Processo Penal dispõe serem inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, e as provas derivadas das ilícitas.

Ensina Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 830) que prova ilegal é gênero, do qual decorrem as espécies provas obtidas por meios ilícitos e por meios ilegítimos.

A prova será ilícita quando obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). São violadoras de direitos resguardados à pessoa humana, seja na Constituição Federal, seja na legislação infraconstitucional. São exemplos, a violação da intimidade, da privacidade ou da dignidade, como interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário ou fiscal; entrada ilegal em domicílio alheio¹³ etc.

Lado outro, prova ilegítima se dá diante da violação de uma norma processual, ou seja, em desrespeito a uma regra de direito processual. A título ilustrativo, o reconhecimento de pessoa realizado à revelia do artigo 226 do Código de Processo Penal¹⁴.

A inadmissibilidade da prova ilícita também se estende àquela obtida a partir dessa. Isto é, a prova ilícita por derivação, entendida como “os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (LIMA, 2016, p. 835).

O princípio da contaminação proíbe o uso direto de elementos probatórios oriundos, direta ou indiretamente, de provas ilícitas. Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada, positivada no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

A prova ilícita por derivação encontra limite, contudo, na teoria da fonte independente. É dizer, se o órgão acusador obteve, legitimamente, novos elementos de prova a partir de uma prova autônoma, que não guarda vínculo causal ou dependência com aquela ilícita, tal dado é admissível, uma vez que não contaminado pela ilicitude originária.

Para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita. Caso não se demonstre, inequivocamente, a ausência de qualquer nexos causal, fica valendo a teoria da prova ilícita por derivação. Em caso de dúvida, aplica-se o *in dubio pro reo* (LIMA, 2016, p. 840).

Também a teoria da descoberta inevitável é condicionante da prova ilícita por derivação. De acordo com essa teoria, caso se demonstre que a prova

¹³ Objeto central desse trabalho, a ser desenvolvido a partir do capítulo 1.

¹⁴ Sobre o tema: STJ. HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020

derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente daquela, deve ser considerada válida.

Ambas as teorias (fonte independente e descoberta inevitável) atacam o nexo de causalidade. Mas, seja uma outra, o ônus de provar a licitude da prova derivada é da acusação.

Seja prova ilícita, seja prova ilegítima, a sanção processual cominada é sua inadmissibilidade, ou seja, não aceitação no processo, com consequentemente desentranhamento dos autos (artigo 157, §3º do CPP).

Ao lado dessas regras legais de exclusão probatórias fundadas em limites políticos, encontram-se também as regras de exclusão probatória fundadas em limites lógicos. Trata-se da redação do artigo 400, §1º do CPP, que trata do indeferimento de produção de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

A prova é pertinente quando há conexão entre o meio de prova requerido e os fatos controvertidos; é relevante quando tem aptidão para estabelecer a existência ou inexistência de um outro fato, através do qual é possível realizar uma inferência lógica do fato principal (GOMES FILHO, 1997, p. 130); é protelatória quando tende apenas a postergar o feito.

Formado, pois, o conjunto de elementos de juízo que poderão ser analisados pelo juiz, passa-se à segunda fase da tomada de decisão: a valoração desses elementos.

Nesse segundo momento, o julgador deverá verificar o grau de corroboração das hipóteses disponíveis ou, nas palavras de Ferrer-Beltrán, “julgar o apoio empírico que um conjunto de elementos de juízo aporta a uma hipótese [...] sujeita aos critérios gerais da lógica e da racionalidade” (2022, p. 68). Prossegue o autor ao esclarecer que esse é o momento em que “reina sem competição o valor da apuração da verdade” (p. 69).

É nesse momento que “o juiz deverá analisar todas as provas produzidas para verificar se a hipótese posta em julgamento com a formulação da acusação foi ou não provada” (BADARÓ, 2023, p. 202).

Essa valoração pode ser guiada juridicamente, com imposição de um determinado resultado probatório (sistema da prova legal ou tarifada), de forma totalmente aberta (íntima convicção), ou exigindo-se que cada elemento seja

valorado e justificado frente às hipóteses em conflito (sistema do livre convencimento motivado).

No sistema da prova legal ou tarifada (também conhecido como sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador), o legislador prevê, *a priori*, um valor hierarquizado da prova. Cada elemento possui um valor probatório fixo atribuído em abstrato pela lei, como uma espécie de tabela de valoração da prova. Nesse sistema, a confissão assume especial valoração (“rainha das provas”), ao passo que a prova testemunhal possui pouco valor (*testis uno, testis nullus* – uma só testemunha não tem valor).

Na síntese de BACILA (2002, p. 100), “tabelar significa cercear a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo”.

Esse sistema, embora não adotado em regra no Brasil, encontra resquícios no processo penal, a teor do artigo 158 do Código de Processo Penal, que exige o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios.

Em contraposição ao sistema da prova tarifada, encontra-se o princípio da íntima ou livre convicção, segundo o qual se permite que o julgador aprecie livremente a prova, decidindo ao final de acordo com sua íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar sua conclusão ou obedecer a critérios de avaliação da prova.

É o extremo oposto do positivismo jurídico do sistema da prova legal: o julgador decide com excesso de discricionariedade e liberdade, sem demonstrar os argumentos e elementos que ampara a conclusão.

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar (LOPES JR., 2016, p. 444).

É esse o sistema adotado no Tribunal do Júri, no qual os jurados decidem com plena liberdade, sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões.

Por sua vez, o critério intermediário é o chamado livre convencimento motivado ou persuasão racional. De acordo com esse sistema, o magistrado tem liberdade na valoração da prova constante dos autos, mas deve fazê-lo de forma fundamentada.

É dizer, o sistema é de “livre convencimento” quando comparado àquele da prova legal, no qual o legislador atribuiu um valor definido para cada prova, cabendo ao órgão julgador apenas a tarefa de constatar se a prova foi produzida e conhecer-lhe o valor que a lhe definiu (DIDIER JUNIOR, 2015 p. 102). Não é livre, por outro lado, de se submeter às regras da racionalidade em geral. Afinal, de nada adiantaria as partes produzirem amplo material probatório se o juiz pudesse simplesmente desconsiderá-lo na tomada de decisão (RAMOS, 2013, p. 51).

Liberdade, assim, não se confunde com arbitrariedade. A motivação deve ser racional, lógica e controlável, atenta às provas produzidas nos autos, sob pena de nulidade (artigo 93, IX, da CRFB/88).

Humberto Theodoro Jr (2021, p. 742) enfatiza que

Todos os argumentos e todas as provas deduzidas no processo terão de ser racional e objetivamente analisados, sem preconceitos subjetivos. O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao livre convencimento do sentenciante. O exame das provas, sem hierarquização de valor entre elas, terá de se realizar, segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da vontade do julgador, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos.

Francesco Carnelutti (2005, p. 22) leciona que o ato de valorar equivale a depositar cada elemento de prova numa balança com o propósito de pesá-lo. Do ponto de vista argumentativo, a valoração da prova consiste em determinar o grau de correção ou de solidez da interferência probatória empírica, é dizer, o grau que as provas corroboram a hipótese (LAGIER, 2022, 147).

Ocorre que, como bem ressalta Janaína Matida (2009, p. 74), “que o juiz seja livre para valorar, isto é, que não esteja vinculado a um resultado previamente normatizado é apenas uma condição necessária para uma correta determinação dos fatos, nunca sendo-lhe suficiente”.

O juiz tem liberdade para valorar, embora deva seguir um modelo racional para tanto. A valoração racional da prova indicará que uma hipótese é preferível em relação a outra.

O juiz, que livremente valorou a prova, segundo os cânones da razão, terá de decidir se a hipótese fática elencada como a de maior probabilidade foi considerada suficientemente provada. É dizer, é necessário a adoção de um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração, o nível de suporte probatório que um enunciado de fato precisa obter para que seja considerado verdadeiro (BADARÓ, 2018, p. 55).

Trata-se do terceiro momento da tomada de decisão, ou seja, deve-se decidir se a hipótese mais provável pode ou não ser considerada provada com o grau de confirmação de que se disponha (BELTRÁN, 2022, p. 70). Eis os *standards* probatórios.

1.3 OS STANDARDS PROBATÓRIOS: MECANISMOS DE CONTROLE DO CONVENCIMENTO JUDICIAL

Standards de prova são critérios ou diretrizes quanto ao grau de suficiência probatória para que se possa considerar comprovada uma alegação de fato (BALTAZAR JR, 2007, p. 165). Trata-se de graus de suficiência a respeito do quantum de prova é necessário para a comprovação fática.

No *Black's Law Dictionary* (1999, p. 1413) figura o verbete *standard of proof* como: “O grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o ‘além de dúvida razoável’ ou ‘por preponderância de prova’”, ao passo que o *Dicionário Jurídico* (2016, p. 587) o conceitua como “modelo; padrão. Standard jurídico (Filos.), critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço”.

Para Danilo Knijnik (2001, p. 33), *standards* de prova são modelos de constatação, isto é, critérios ou regras que orientam a análise da prova pelo magistrado, permitindo o controle lógico e intersubjetivo da convicção judicial sobre os fatos.

Gustavo Badaró (2023, p. 241) conceitua o instituto jurídico como os “critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, sendo aceito como verdadeiro”.

Jordi Ferrer-Beltrán conclui que são os *standards* de prova que permitem determinar o grau de probabilidade a partir do qual uma hipótese será considerada provada; é dizer, o grau de apoio suficiente para aceitar como verdadeira a hipótese fática em questão (2023, p. 27).

Os *standards* possuem natureza jurídica de questão de direito, relacionados diretamente ao momento de tomada de decisão. Trata-se de um conceito de caráter normativo e político, “cabendo ao direito a definição dos *standards* de prova a serem aplicados nos diversos casos concretos, sendo desejável uma imposição normativa entre essas várias opções” (PEIXOTO, 2020, p. 53).

Através deles, é possível balizar o grau de confirmação ou refutação das hipóteses fáticas por meio de critérios inteligíveis.

Michele Taruffo (2014, p. 135) averba que os *standards* de prova procuram “oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio”. São diretrizes por meio dos quais o magistrado define se um enunciado fático “recebeu ou não adequada confirmação probatória” (p. 293).

É através do estabelecimento de *standards* probatórios que se procura controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o paradigma da subjetividade presente no livre convencimento (STRECK, RAATZ e DIETRICH, 2017, p. 404).

Matida e Vieira trabalham com os *standards* de prova enquanto mecanismos que busca compatibilizar a livre valoração das provas com a necessidade de controle racional das decisões judiciais:

Trata-se de uma estratégia que busca compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais. Se atualmente se entende que é importante garantir ao julgador liberdade no que tange à valoração probatória, isso não implica anuência ao subjetivismo. Dizer que a valoração deve ser livre expressa preocupação em nos distanciarmos das amarras normativas então características das provas tarifadas, mas não significa concordância acrítica aos caprichos e opiniões íntimas dos juízes (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 227).

Nisso consiste a primeira função dos *standards* de prova: servirem de guia objetivo para a avaliação das provas (PEIXOTO, 2021, p. 596).

Com efeito, após a produção e a valoração do conjunto probatório, o juiz terá de decidir se uma hipótese fática pode ou não ser considerada provada, de

acordo com o grau de confirmação que atingiu no processo. O ato envolve um aspecto volitivo e discricionário que não pode ser completamente racionalizável ou extinto - tampouco se pretende ou se busca isso, pois, se assim não o fosse, a solução estaria posta: construir um sistema de prova tarifada e atribuir a tomada de decisão a algoritmos.

Standard de prova não se confunde, assim, com prova tarifada:

As regras de prova legal indicam ao juiz um resultado probatório que deve ser extraído a partir da presença nos autos de certos meios de prova. Com isso, o legislador evita qualquer raciocínio probatório do juiz, que deve ser limitado a aplicar a regra de prova legal uma vez constatado, por exemplo, que se aportou ao processo um documento público.

Por outro lado, os *standards* de prova não só não excluem o raciocínio probatório do juiz, mas o pressupõem. O juiz deverá valorar a prova e determinar o grau de corroboração que as provas aportam às diferentes hipóteses sobre os fatos. Somente depois dessa atividade proceder-se-á à aplicação do *standard* de prova para determinar se o grau de corroboração alcançado é suficiente para considerar provada alguma das hipóteses. Regras de prova legal e *standards* de prova compartilham o fato de serem tipos de regras sobre a decisão probatória, mas divergem em todo o resto (BELTRÁN, 2023, p. 195).

Um sistema “perfeito” livre de valoração da prova é impossível porque, em algum ponto, o fato básico de alguma norma de presunção deve ser provado empiricamente (LAGIER, 2022, p. 146-147).

Produzida e valorada a prova, a tomada de decisão envolve um aspecto volitivo. Ocorre que a margem de subjetividade intrínseca à tomada de decisão não pode ser confundida com “evento autofundado, arbitrário, irrepetível e cujas razões restam seladas na subjetividade incognoscível e incomunicável de quem decide” (PASTORE, 2015, p. 34). O juiz tem liberdade para valorar (e o faz através de critérios epistemológicos), mas deve seguir um modelo racional de valoração, através de critérios que definam o *standard* de prova.

Frisa-se: não se está a dizer que não existe espaço para discricionariedade judicial. A discricionariedade é intrínseca ao ato de tomada de decisão. O que se exige é a adoção de um modelo de constatação claro, que permita verificar se a valoração aponta um resultado cujo suporte probatório atingiu ou não o grau de prova exigente ao caso. Na realidade, os *standards* probatórios permitem a diminuição do espaço de discricionariedade, mediante a constatação objetiva da suficiência probatória. Ademais, o livre convencimento motivado não é um valor em si mesmo, tendo um caráter instrumental; a existência de limitações contraepistêmicas ao convencimento judicial, como é o

caso da proibição das provas ilícitas, demonstra que ele pode sofrer limitações impostas pelos valores constitucionais adotados.

É daí que a ausência de estabelecimento de um *standard* probatório dificulta o controle do sistema de tomada de decisão, uma vez que inexiste uma fase em que se impõe ao magistrado verificar se a valoração realizada (segundo momento da tomada de decisão) atinge o grau mínimo exigido pelo sistema jurídico (terceiro momento).

Aí reside a segunda função dos *standards* de prova, ou seja, de garantia de controle às partes: “somente se as partes podem conhecer o umbral de suficiência probatória poderão tomar decisões racionais antes e durante o processo acerca da estratégia de defesa de seus interesses” (BELTRAN, 2023, p. 199).

Se inexiste um critério exigido para a prolação da decisão, também o controle sobre a suficiência probatória se torna falho, permitindo uma tênue indiferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade:

Isso ocorre porque essa suficiência probatória será definida pelo próprio juiz, estando muitas vezes implícita, caso o ordenamento jurídico não exija qualquer menção à questão. Como o estandar probatório não é expressamente exigido pelo direito, incumbe ao juiz escolher qual a suficiência de prova necessária e a eventual impugnação terá, muitas vezes, que adivinhar qual a escolhida pelo magistrado. De certa forma, em não sendo o *standard* probatório um elemento obrigatório da decisão, a possibilidade de controle pelas partes será limitada à própria valoração da prova, pois a decisão sobre o estandar estará implícita, limitando-se o juiz a afirmar que há prova suficiente ou que está convencido (RAVI, 2021, p. 594).

A partir do momento que se estabelecem guias, diretrizes ou critérios para se considerar que um enunciado fático se encontra suficientemente provado (“p está provado”¹⁵), permite-se um maior *controle intersubjetivo* da racionalidade da decisão judicial. A prova de uma proposição fática não depende do estado íntimo de convicção do julgador, mas sim de existirem ou não elementos suficientes de comprovação aportados aos autos.

Significa, então, que os *standards* probatórios devem ser formulados a partir de conexões lógicas entre as provas disponíveis e os enunciados fáticos para que se possa considera-los provados, através de conceitos objetivos. Afinal, se o *standard* de prova não existe ou se é fixado pelo juiz com remessa a estados mentais discricionários (que não podem ser negados como “normais”

¹⁵ Rememore-se que “p está provado” não necessariamente é sinônimo de “p é verdadeiro”.

em qualquer atividade cognitiva), não há sequer possibilidade de efetivo exercício do princípio do contraditório em sua dimensão substancial (poder de influência), tampouco de impugnação pelas partes e, conseqüentemente, de controle da decisão judicial, já que o ponto de diferenciação da decisão judicial com qualquer outra espécie de decisão humana é exatamente a sua natureza *técnica*

De fato, os standards não têm – e nunca tiveram – pretensão de permitir um controle da valoração específica dos elementos probatórios, mas da conclusão desse raciocínio.

Sua função é a de servir de guia para a valoração da prova – que tem por base a persuasão racional –, atuando como uma regra de decisão, permitindo que o julgador verifique se, dentre as hipóteses fáticas disponíveis, alguma delas alcance o grau de suficiência probatória exigido para aquele direito material. Em outros termos, o *standard* probatório não indica os critérios para que cada uma das provas seja valorada, mas um critério mediante o qual se considera provada uma hipótese caso seja atingida uma suficiência mínima. (PEIXOTO, 2020, p. 73).

Nesse cenário é que se vislumbra uma terceira função dos *standards* de prova: distribuir o risco de erro entre as partes¹⁶.

Essa função pressupõe a constatação que a tomada de decisão é realizada por seres humanos, em um ambiente de incertezas, em que erros podem ocorrer. O ordenamento jurídico escolhe quais riscos de erros são mais gravosos à sociedade e qual a importância e as consequências que deles decorrem. Trata-se, pois, de uma decisão política.

Gustavo Badaró (2023, p. 243) ensina que

[...] a decisão do standard de prova no processo é substancialmente uma escolha de valores, considerando preferências sociais para o atingimento de objetivos ao quais se pretende dar primazia, como reduzir os riscos das decisões errôneas, distribuindo equitativamente, ou evitar condenações equivocadas, dando prevalência à proteção da liberdade dos acusados.

Há uma tendência de que, à medida em que a exigência probatória para comprovação de um determinado enunciado fático é modificada, o risco de erro também seja alterado. Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa (2020) ilustram os *standards* como o “sarrafo” em uma prova de salto com vara,

¹⁶ A teoria geral da prova compreende seus esforços em direções estratégicas: a primeira, pretende reduzir os erros, fazendo-o através da maximização de instrumentos processuais que incorporem o maior número possível de provas no procedimento e de confiabilidade (*ex vi*, atipicidade dos meios de prova prevista no artigo 369 do CPC); a segunda, compreende a distribuição do risco de erro entre as partes, que se situa no âmbito de uma decisão política e/ou moral sobre quem deve suportá-los (aquí incidem as regras sobre o ônus da prova, as presunções e os *standards* probatórios) (BELTRÁN, 2022, p. 253).

podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade a ser superada por aquele que procura um resultado.

A imposição de *standards* probatórios mais elevados para subsidiar uma condenação, no processo penal, permite distribuir as chances de erros, garantindo-se que os equívocos sejam representados majoritariamente por absolvição falsas e não por condenações. E isso porque, quando se eleva o *quantum* probatório para embasar uma condenação, é possível que, em diversos casos, ele não seja atingido, ainda que o réu tenha praticado o crime. Por outro lado, se a métrica é baixa, é provável que existam menos culpados absolvidos, mas também mais inocentes condenados, devido à facilidade de atingir o grau de prova exigido.

Frisa-se: a maior ou menor exigência de um *standard* é uma escolha política do ordenamento jurídico. Tanto a condenação falsa, quanto a absolvição falsa trazem custos sociais. A absolvição de um culpado pode gerar aumento da criminalidade, sentimento individual e social de impunidade e consequente estímulo à reincidência etc. Há uma proteção falha do bem jurídico tutelado pela norma penal.

E, de igual modo, a condenação de um inocente também traz danos que vão desde a possibilidade de cerceamento do direito fundamental à liberdade aos estigmas sociais impostos a um condenado em processo criminal.

No equacionamento entre os danos provados por falsos positivos e falsos negativos, o legislador optou por preferir àqueles em detrimento desses. E fê-lo através da alteração da distribuição dos erros sobre os fatos, impondo um *standard* probatório maior à acusação quando comparado àquele da defesa.

Nesse ponto, é preciso enfatizar que *standards* não se confundem com ônus da prova¹⁷ (ou mesmo com sua distribuição dinâmica).

¹⁷ CPC - Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

(...)

Ônus da prova consiste em regra de julgamento que indica ao juiz como julgar em caso de insuficiência probatória, diante da vedação do *non liquet*. É dizer, orienta o juiz a como decidir se, no momento do julgamento, a alegação fática relevante não estiver considerada provada, indicando quem suportará as consequências negativas daí decorrentes.

Nas palavras de Fredie Didier Jr (2015, p. 107), trata-se de “regramento dirigido ao juiz (*regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova”.

O ônus da prova atua, portanto, no campo da *insuficiência* probatória, enquanto regra de julgamento embasada no *non liquet*. Mas nada indica sobre a *suficiência* de prova necessária para a desincumbência do encargo. É dizer, “mesmo que a regra do ônus da prova só precise ser aplicada em caso de insuficiência de provas, ela, por si só, não indica qual o patamar necessário para que a hipótese fática possa ser tida como insuficientemente provada” (PEIXOTO, 2020, p. 46).

Os *standards* probatórios atuam nesse vácuo normativo, ao estabelecerem critérios de suficiência necessários para que uma hipótese fática seja considerada provada. É por isso que, na dinâmica das sequências probatórias, primeiro se apresenta a questão dos *standards* para somente então, acaso não atingidos, aplicar-se a regra do ônus da prova (BADARÓ, 2023, p. 244).

Jordi Ferrer Beltrán resume a distinção:

Somente em se dispor de *standards* de prova que indiquem o grau de suficiência probatória (quer dizer, a probabilidade necessária para dar por provada uma hipótese) é que poderão ter utilidade as outras regras para a tomada de decisão, como as regras sobre o ônus da prova ou as presunções. Com efeito, as regras que estipulam o ônus da prova têm a função de determinar quem perde o caso se não houver prova suficiente de nenhuma das hipóteses em conflito, mas para aplica-las é necessário conhecer quando existe prova suficiente (BELTRÁN, 2022, p. 244-245).

E, como é intuitivo, isso nada se relaciona com a distribuição dinâmica do ônus da prova, assim entendida como a redistribuição realizada pelo juiz no caso concreto¹⁸. A modificação do encargo probatório pode se dar em razão da

¹⁸ CPC – Art. 373. (...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior

maior facilidade de obtenção de prova por uma parte ou diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade de um sujeito processual trazer a prova ao processo. Por evidente, quando se modifica o ônus, é necessário que aquele que assuma o encargo tenha possibilidade de cumpri-lo – aí reside a proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa.

Seja a distribuição estática, seja a dinâmica, o ônus da prova se relaciona ao campo da atribuição de um encargo a um sujeito processual e das consequências decorrentes da sua desincumbência. Mas nada diz sobre o grau de suficiência probatória, é dizer, se o suporte de prova foi suficiente para considerar provada a alegação fática. Essa atribuição é própria dos *standards* de prova.

Não é demais rememorar que, no processo penal, o ônus da prova recai exclusivamente sobre a acusação quanto aos elementos constitutivos do crime¹⁹, por força, inclusive, da presunção de inocência. Daí porque a defesa não possui qualquer obrigação, encargo ou ônus de provar a inocência do acusado.

Nos países de *common law*²⁰, há muito se discute a medida da prova, estabelecendo-se diferentes tipos de *standards* para confirmação de uma hipótese fática. Os principais deles são: a) preponderância da prova ou da evidência (*preponderance of the evidence*); b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); e c) prova além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*).

facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

CDC – Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁹ É o que se extrai da leitura do artigo 386 do Código de Processo Penal.

²⁰ Lenio Streck faz importante observação sobre o tema: “É interessante notar que, apesar de os sistemas de *common law* adotarem os referidos *standards* probatórios, eles não o fazem com vistas a uma busca quase que obsessiva pela verdade. A teorização acerca do tema está muito mais voltada ao estabelecimento de mecanismos de controle do convencimento do júri e dos juízes e à necessidade de exigir provas mais robustas em processos que poderão atingir determinados direitos fundamentais como a liberdade”. (STRECK, RAATZ e DIETRICH, 2017, p. 402).

Antes, porém, de se adentrar ao estudo de cada um deles, necessário pontuar que o sistema judicial americano foi construído a partir de uma forte predominância de atuação do júri popular na avaliação dos fatos, de modo que também o direito probatório foi pensado a partir do procedimento do júri (PEIXOTO, 2020, p. 136).

Naquele sistema, o juiz togado realiza o controle de admissibilidade das provas, mas são os jurados que as valoram e tomam a decisão. Considerando que as decisões do júri independem de motivação, o controle de mérito da análise dos fatos é realizado a partir de instruções fornecidas aos jurados com base nos *standards* probatórios.

O *standard* da preponderância da prova ou da evidência é aquele normalmente utilizado para a litigância civil e indica que se deve escolher, dentre as hipóteses sustentadas, a que possua maior suporte probatório.

A fim de explicar esse padrão, os tribunais americanos se valem de três modelos de instrução aos jurados: a) *greater weight of the evidence*, em que o juiz afirma aos jurados que os fatos devem ser estabelecidos pela *preponderance of the evidence* e, na tarefa de esmiuçar o termo “preponderância”, averbam se tratar do *standard* que possua o “maior peso de todas as evidências” ou, figurativamente, acaso fossem colocadas as evidências do autor e do réu em uma balança, o julgamento deveria ser favorável àquele que a balança pesasse mais; b) *more likely than not*, em que o jurado deve considerar todas as evidências e decidir favorável àquela que for mais provável do que não; c) *actual belief*, segundo o qual se exige que o júri acredite nas evidências da parte a favor da qual decide (LEUBSDORF, 2016, p. 1572 – 1576).

O fundamento por detrás do modelo da preponderância da evidência é que as partes estão em patamar de igualdade e não há bens jurídicos com maior ou menor desvalor. Assim é que um erro a favor do autor não é mais grave que um erro a favor do réu (falso positivo e falso negativo se equivalem), ou, conforme explicitado no caso *Santosky v. Kramer*, o padrão de preponderância da evidência é empregado quando a gravidade social do erro em qualquer direção é aproximadamente igual (SCHAWARTZ e SEAMAN, 2013, p. 436).

Assim, deve prevalecer a hipótese que for mais provável que sua contrária, à luz das provas amealhadas. É dizer, preponderar a versão mais convincente e com maior peso lógico-epistêmico. Há um duplo filtro: a hipótese

deve ser a mais provável dentre todas e sua afirmação deve ser provável que sua negação.

Matematicamente representada, o *standard* da preponderância da prova exige probabilidade de 50% + 1²¹. Significa que a hipótese fática será considerada verdadeira se atingir probabilidade acima de 50% (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 230).

Caso emblemático em que houve a adoção do *standard* probatório em questão se tratou do ex-jogador de futebol americano O.J. Simpson, acusado de ter assassinado sua ex-esposa, Nicole Brown. No âmbito cível, Simpson foi condenado ao pagamento de reparação civil em favor das famílias Brown e Goldman, o que, contudo, não se deu na seara criminal. E isso porque, na esfera cível, os jurados foram instruídos a julgarem de acordo com o *standard* da preponderância da prova, ao passo que na ação criminal consideraram não haver prova além da dúvida razoável a sustentar a condenação (GIUSTI, 2018, p. 31-76).

O modelo *clear and convincing evidence* exige que a proposição fática seja altamente provável ou certa. Segundo Taruffo (2014, p. 135), a prova deve ensejar um elevado grau de certeza, ou seja, apontar para uma hipótese altamente provável.

Trata-se de um padrão intermediário entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável, geralmente utilizado quando os interesses em disputa são considerados mais substanciais que a simples perda monetária (SCHAWARTZ e SEAMAN, 2013, p. 437), tais como ações de destituição do poder familiar, de internação compulsória, de desligamento de aparelhos hospitalares que mantêm uma pessoa com vida etc. (PEIXOTO, 2020, p. 149-151).

A exigência de satisfação desse *standard* pressupõe que a hipótese fática conte com prova clara, inequívoca e evidente, de modo que o pedido será procedente apenas se a parte autora atingir esse nível de elevada probabilidade.

²¹ Há tentativas de aplicar o Teorema de Bayes para estipular o grau de credibilidade de uma hipótese, mas sem sucesso, uma vez que o Teorema busca medir o impacto que determinada prova (tem sobre a probabilidade inicialmente atribuída (antes dessa prova) a uma hipótese (LAGIER, 2022, p. 165).

Valendo-se de recurso numérico, a prova clara e convincente será satisfeita quando atingida a probabilidade de 75% (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 230).

A adoção desse *standard* permite minimizar a distribuição do risco de erro de uma intervenção equivocada ou errônea em desfavor do réu - e isso porque os bens jurídicos tutelados possuem pesos distintos.

Por sua vez, o *standard* da *beyond any reasonable doubt* (BARD) é o mais alto dentre todos e aquele destinado ao âmbito criminal.

James Q. Whitman (2008, p. 3) aponta que o BARD tem raízes cristãs, tendo sido concebido para proteger a alma do julgador (e não do acusado). A condenação de um réu inocente era considerada um pecado mortal. O propósito de instrução de “dúvida razoável” se deu para abordar essa possibilidade assustadora, tranquilizando os jurados de que poderiam condenar o réu sem arriscar sua própria salvação, desde que suas dúvidas estivessem dentro da razoabilidade.

A primeira referência ao BARD como *standard* ligado à convicção do julgador é datada de 1770, no julgamento dos soldados responsáveis pelo Massacre de Boston. A partir dos julgamentos datados de 1878, o BARD ganha a conotação do mais alto grau de corroboração probabilística de uma hipótese em relação a outra. Apenas em 1970, no julgamento do caso *in re Winship*, a Suprema Corte Americana reconheceu a ligação do BARD com a presunção de inocência (GOMES, 2023, p. 65-66).

O significado central do BARD é a exigência de um elevado grau de probabilidade (que muito se aproxima da certeza) acerca da culpabilidade do acusado, de modo a diminuir os riscos de um falso positivo (condenação de um inocente).

Gardner e Anderson (2013, p. 78) explicam que esse critério de suficiência probatória exige que todos os elementos essenciais do crime estejam provados “para além da dúvida razoável” para se cogitar de uma condenação. Caso contrário, a absolvição é medida imperativa. Em termos matemáticos, o BARD impõe a exigência de 95% de probabilidade à hipótese acusatória (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 230).

A concepção de que uma condenação pressupõe prova “além da dúvida razoável” se pauta na premissa de impossibilidade de alcance da certeza absoluta. Ao reconhecer que a certeza absoluta é inatingível no processo

decisório, a adoção desse *standard* passa pelo juízo de altíssima probabilidade para condenação.

No caso *Commonwealth v. Webster*, o juiz Shaw, Presidente da Corte Suprema Judiciária de Massachussets, explicou a equação certeza x superação da dúvida razoável:

[...] O que é a dúvida razoável? É um termo que se utiliza com frequência, que provavelmente se entende muito bem, mas não se pode definir facilmente. Não é uma mera dúvida possível, porque tudo relativo às questões humanas e que depende da evidência moral está exposto a alguma dúvida possível imaginária. É aquele estado do processo em que a comparação e a consideração completas de toda a evidência, deixam as mentes dos jurados em condições de não poderem dizer que sentem uma convicção perdurável, com certeza moral, acerca da verdade da imputação. Todas as presunções da lei que não dependem de prova estão previstas a favor da inocência; e toda pessoa se presume inocente até que se demonstre sua culpabilidade. Se, todavia, há uma dúvida razoável sobre tal prova, o acusado tem o direito a beneficiar-se dela mediante a absolvição. Pois, não é suficiente estabelecer uma probabilidade – por mais que seja uma probabilidade forte que surge da teoria das possibilidades – acerca de que há mais chances de que o fato imputado seja verdadeiro que não seja –; mas a evidência deve estabelecer a verdade do fato com uma certeza razoável e moral, uma certeza que convença e dirija o entendimento, e que satisfaça a razão e o juízo daqueles que têm que atuar completamente sobre a base da evidência (LAUDAN, 2011, p. 125-126).

Perceba-se que esse *standard* exige um elevado grau de confirmação, superando as dúvidas razoáveis. Trata-se, assim, de um critério negativo, que exige que não reste dúvida razoável quanto à culpabilidade do acusado.

Conforme o *Black's law dictionary* (2019, p. 1518), a dúvida razoável é a “que impede que alguém fique firmemente convencido da culpa de um réu”. Representa “a crença de que existe uma possibilidade real de que um réu não seja culpado”.

Do ponto de vista jurídico, contudo, a conceituação de dúvida razoável (ou acima do razoável) não é tão simples.

Conforme Larry Laudan (2013, p. 68-71), uma primeira tentativa consiste em definir dúvida acima do razoável como a segurança na crença que se considera apropriada para a tomada de decisão na vida ordinária. Um segundo conceito seria o de que dúvida acima do razoável é o tipo de dúvida que faria uma pessoa prudente vacilar em atuar de determinada forma. Poderia, ainda, ser conceituada como a convicção estável na culpabilidade do acusado ou, ainda, como a dúvida capaz de oferecer alguma razão.

Todas as definições encontram empecilhos. Na vida ordinária, as pessoas tomam decisões a despeito da existência de dúvidas ou mesmo deixam

de fazê-lo na ausência de dúvidas. De outro lado, dizer que dúvida acima do razoável é aquela embasada em convicção estável nada esclarece ou diz e remonta ao subjetivismo do julgador. O sistema da íntima convicção dos jurados adotado pelos EUA não exige que os jurados ofereçam alguma razão para a tomada de decisão.

Gustavo Badaró síntese as críticas que esse modelo recebe, ao averbar que

[...] a principal crítica é que tal expressão não fornece um critério epistemologicamente claro e objetivo do que se exige para que uma hipótese fática posta em julgamento seja considerada provada. A expressão “além de qualquer dúvida razoável” é, nas palavras de Ferrua, uma “fórmula bela e sugestiva, mas que não resolve nenhum problema”. O razoável, como elemento integrante da definição do standard de prova, não pode ser entendido em sentido lógico, pois sempre será razoável a possibilidade contrária, na medida em que o método indutivo nunca fornece resultados necessários. Logicamente, portanto, sempre se poderá cogitar de uma dúvida. O que seria, então, uma dúvida “não razoável”? A vagueza do conceito não permite estabelecer contornos minimamente controláveis para a discricionariedade do juiz nesse momento fundamental do juízo de fato (2023, p. 258).

Finaliza Laudan (p. 2013, p. 61) ao sustentar que esse modelo possui noção penosamente inadequada, deliberadamente pouco clara, totalmente subjetiva e aberta a um número de interpretações semelhante ao número de juízes a que correspondente a tarefa de explicar aos jurados em que consiste a prova que satisfaça tal *standard*.

1.4 STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O grau de confirmação das hipóteses fáticas é tema de usual estudo no sistema jurídico americano, traçando-se distinções entre os diversos níveis de convicção e a destinação processual de cada um deles. Também as críticas sobre a (in)existência de parâmetros claros e objetivos de suficiência probatória é trabalhada na doutrina estrangeira.

De outro lado, no sistema jurídico brasileiro, a temática não encontra o mesmo nível de repercussão teórica²². O controle da decisão passa pelo filtro da

²² Por todos, Ravi Peixoto (2020) e Janaína Matida (2019).

motivação racional²³, é dizer, basta a explicitação dos motivos (fáticos e jurídicos) que levaram à adoção da conclusão, mas pouco se discute sobre a elaboração de modelos objetivos de prova.

A doutrina e a jurisprudência oferecem balizas para direcionar a determinação dos fatos, mas não sobre o *quanto* de prova é necessário para se reputar provada uma alegação fática. Não se investiga o grau de confirmação que é exigido da hipótese para que seja considerada verdadeira.

E, conforme lembra Ravi Peixoto (2020, p. 209), a ausência de preocupação em discutir e elaborar *standards* de prova não torna o problema inexistente, mas apenas impossibilita que seja controlado pelas partes.

A legislação processual brasileira também não apresenta uma resposta.

O artigo 155 do Código de Processo Penal²⁴ faz referência ao modelo de livre valoração da prova, ao passo que o artigo 315²⁵, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, regula as exigências para que uma decisão seja considerada fundamentada, não havendo menção, em quaisquer deles, às questões fáticas.

²³ A título de exemplo: “Em outros termos, o juiz é livre no seu convencimento, desde que justifique o resultado a que chegou”. (TALAMINI e WAMBIER, 2016, p. 231).

²⁴ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

²⁵ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Por sua vez, o artigo 386²⁶ do mesmo *codex* apresenta as hipóteses que se impõe a absolvição do acusado (inclusive fazendo alusão à prova da existência dos fatos), mas nada diz sobre o quanto de suporte probatório é necessário para que a hipótese fática seja considerada provada. A legislação processual é silente quanto ao nível de suficiência probatória que se impõe à acusação (é silente, inclusive, quanto aos requisitos da formação da convicção condenatória).

Não obstante, no decorrer do Código de Processo Penal (assim como na legislação esparsa), é possível vislumbrar expressões que podem fazer alusão a graus de probabilidade ou de corroboração das proposições fáticas.

É o que se extrai, *ex vi*, do juízo de admissibilidade da decisão que recebe a denúncia. O artigo 395 do Código de Processo Penal prevê que a denúncia será rejeitada, dentre outras hipóteses, quando faltar *justa causa* para o exercício da ação penal (inciso III).

Justa causa é expressão bastante ampla, sobretudo quando utilizada como fundamento para impetração de *habeas corpus* (CPP, art. 648, I), o que dificulta sua conceituação. De qualquer modo, atualmente a doutrina tende a expressá-la como o suporte ou lastro probatório mínimo indispensável à instauração do processo, representado pela prova da existência do crime e por indícios de autoria (BADARÓ, 2018, p. 176; PACELLI, 2019, p. 165; BRASILEIRO, 2016, p. 1799).

Também a jurisprudência dos Tribunais Superiores trilha o mesmo caminho ao afirmar que a justa causa consiste na exigência de “lastro probatório mínimo” ou “indícios mínimos de autoria e materialidade” para justificar o

²⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

recebimento da ação penal²⁷. Trata-se do “conjunto de evidências seguro e idôneo capaz de demonstrar indícios razoáveis de autoria (...), aptos a justificar a instauração de ação penal, com as graves consequências que isso acarreta para o acusado”²⁸.

A ausência de justa causa ou, de outro modo, de indícios de autoria e prova de materialidade delitiva importa na rejeição da peça acusatória. É preciso lembrar que a simples existência de um processo penal em desfavor de alguém é motivo de constrangimento e estigmatização social. Se a hipótese acusatória não dispuser de elementos probatórios mínimos que justifiquem a admissão da denúncia ou da queixa-crime, o caminho é sua rejeição de plano.

A justa causa enquanto condição da ação que exige a prova da materialidade delitiva e indícios de autoria pode, com esforço interpretativo²⁹, ser entendida como um *standard* de prova à medida que indica o nível de suporte probatório exigido para que a peça acusatória seja recebida.

Em relação à materialidade, a justa causa exige a demonstração de que o crime ocorreu. Odone Sanguiné (2014, p. 130) sustenta se tratar de “prova efetiva e cabal [...], ou seja, a certeza da existência da materialidade do crime”.

Quanto à autoria, há de estarem presentes indícios. Não se exige prova cabal de autoria, até mesmo porque isso somente é possível após a instrução processual, observado o contraditório e a ampla defesa. Mas, de igual modo, não podem os indícios serem frágeis ou débeis a ponto de não demonstrarem, minimamente, a autoria. Devem, pois, ser indícios idôneos e firmes o bastante

²⁷ No STJ, a título exemplificativo: AgRg no RHC n. 118.631/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 28/6/2023; AgRg no HC n. 799.742/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023; APn n. 1.041/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/4/2023, DJe de 24/5/2023. De igual forma, no STF: RHC 85023, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 08/05/2007, DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008; HC 200529 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 22/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 29-09-2021 PUBLIC 30-09-2021.

²⁸ STF. Inq 3650, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/04/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 02-09-2020 PUBLIC 03-09-2020

²⁹ No último capítulo deste trabalho, abordaremos as razões de discordarmos dessa classificação, uma vez que, no nosso entender, suporte fático não pode ser confundido com *standard* probatório. Assim é que expressões como “justa causa”, “indícios de autoria”, “fundadas razões” etc. não seriam propriamente *standards* probatórios. Ocorre que se trata de posição isolada. Assim, uma vez que a doutrina e a jurisprudência trabalham com esses conceitos enquanto expressões de *standards* de prova, assim também o faremos nesse tópico.

para indicar, sumariamente, um juízo positivo de probabilidade no sentido da culpa do denunciado, enquanto autor ou partícipe do crime.

É nesse momento que os elementos informativos colhidos ao longo do inquérito policial tornam-se relevantes, uma vez que são eles que irão subsidiar a formação da *opinio delicti* pela acusação e, de igual modo, o juízo de admissibilidade da denúncia pelo juiz³⁰.

Para além da mera suspeita, há necessidade de que a acusação demonstre a existência de indícios de autoria lastreados na realidade fática comprovada, e não em meras presunções, conjecturas ou ilações. Comparativamente ao modelo norte-americano, o *standard* de prova necessário para o recebimento da denúncia é o da preponderância da prova.

A métrica eleva-se quando se trata do juízo de admissibilidade da pronúncia. O juiz pronunciará o acusado se estiver *convencido* da materialidade do fato e da existência de indícios *suficientes* de autoria e de participação (artigo 413 do CPP).

Há exigência de um maior patamar probatório em relação à materialidade delitiva, uma vez que a pronúncia depende do efetivo convencimento quanto à existência do crime. O *standard* probatório para a materialidade é, pois, de certeza.

Já em relação à autoria, exige-se que o convencimento diga respeito à presença de indícios suficientes – mas não a demonstração plena, o que competirá aos jurados.

Veja-se, contudo, que quando comparado ao recebimento da denúncia, a prova da autoria ou participação na pronúncia deve ser mais robusta, inclusive por conta da alteração legislativa realizada pela Lei n. 11.690/08, uma vez que a redação anterior do dispositivo fazia referência apenas a “indícios”, tendo a novel legislativa incluído o adjetivo “suficiente”. A adjetivação dos indícios explicita que devem ser mais consistentes, sólidos e firmes para formar o juízo positivo de probabilidade da formação da culpa nessa fase.

Assim é que o *standard* de prova aplicável à pronúncia, quanto à autoria e participação, é o da *clear and convincing evidence*.

³⁰ A investigação defensiva no inquérito policial, em que pese vir ganhando força e devendo ser levada em consideração na formação do juízo de admissibilidade, ainda não é prática processual ordinária no cotidiano forense.

É por isso que se refuta nesse trabalho a aplicação do brocardo *in dubio pro societate* na fase da pronúncia, ainda prevalecente da doutrina. Se houver dúvidas quanto à prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, o caminho é a impronúncia (BADARÓ, 2023, p. 677). A dúvida não deve ser resolvida em prejuízo do réu, sob pena de afronta ao princípio da presunção da inocência. A decisão de pronúncia funciona como um filtro processual que busca impedir o julgamento pelo Júri de casos sem o adequado lastro probatório mínimo, de modo a limitar o poder punitivo estatal.

Não é aceitável, tampouco justificável, que o juiz, tendo dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos legais, distorça a lógica do sistema e rebaixe, em prejuízo do réu, um patamar de prova elaborado para proteção dos seus direitos fundamentais.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário com agravo n. 1.067.392/CE, afirmou de forma expressa a impossibilidade de adoção do *in dubio pro societate* na denúncia de pronúncia, averbando que “além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o *standard* probatório necessário para a pronúncia” (BRASIL, 2019, p. 1).

Em decisão proferida em 26/09/2023 no julgamento do REsp 2.091.647/DF, relatado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o Superior Tribunal de Justiça analisou expressamente a pronúncia à luz dos *standards* probatórios e reafirmou a falácia do *in dubio pro societate* nessa fase processual. Por sua clareza e correlação com o tema objeto deste trabalho, transcreve-se parte da ementa:

3. A leitura do referido dispositivo legal permite extrair dois standards probatórios distintos: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. Ao usar a expressão "convencido da materialidade", o legislador impôs, nesse ponto, a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados.

[...]

5. O *in dubio pro societate*, "na verdade, não constitui princípio algum, tratando-se de critério que se mostra compatível com regimes de perfil autocrático que absurdamente preconizam, como acima referido, o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!), em absoluta desconformidade com a presunção de inocência [...]" (Voto do Ministro Celso de Mello no ARE n. 1.067.392/AC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 2/7/2020). **Não pode o juiz, na pronúncia, "lavar as mãos" - tal qual Pôncio Pilatos - e invocar o "in dubio pro societate" como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa,**

submetendo ao Tribunal popular acusações não fundadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva.

[...]

10. Deve-se distinguir a dúvida que recai sobre a autoria - a qual, se existentes indícios suficientes contra o acusado, só será dirimida ao final pelos jurados, porque é deles a competência para o derradeiro juízo de fato da causa - da dúvida quanto à própria presença dos indícios suficientes de autoria (metadúvida, dúvida de segundo grau ou de segunda ordem), que deve ser resolvida em favor do réu pelo magistrado na fase de pronúncia. Vale dizer, também na pronúncia - ainda que com contornos em certa medida distintos - tem aplicação o *in dubio pro reo*, consectário do princípio da presunção de inocência, pedra angular do devido processo legal.

11. Assim, **o standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias** (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - **e o da certeza além de qualquer dúvida razoável** (BARD ou outro standard que se tenha por equivalente) - necessário somente para a condenação. **Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.**

[...] (sem destaque no original).

De fato, a hipótese acusatória apenas deve ser aceita para julgamento popular se atingiu um patamar probatório mais elevado quando comparado ao recebimento da denúncia. Patamar esse, contudo, que não se confunde com aquele exigido para a prolação da sentença condenatória.

Segundo Ferrer-Beltrán, “o grau de exigência probatória dos distintos *standards* de prova para distintas fases do procedimento deve seguir uma tendência ascendente” (2023, p. 102), isto é, progressiva. Explica Caio Massena que “não seria razoável, a título de exemplo, para o recebimento da denúncia – antes, portanto, da própria instrução probatória, realizada em contraditório – exigir um standard de prova tão alto quanto aquele exigido para a condenação” (2021, p. 1642).

No julgamento do citado REsp n. 2.091.647, o Min. Rogério Schietti lembra que essa tendência ascendente e progressiva do *standard* probatório conforme o avanço do processo decorre da função política de distribuição de riscos de erro entre as partes:

Deveras, quanto mais embrionária a etapa da persecução penal e menos invasiva, restritiva e severa a medida ou decisão a ser adotada, mais tolerável é o risco de um eventual falso positivo (atingir um inocente) e, portanto, é mais atribuível à defesa suportar o risco desse erro; por outro lado, quanto mais se avança na persecução penal e mais invasiva, restritiva e severa se torna a medida ou decisão a ser adotada, menos tolerável é o risco de atingir um inocente e, portanto, é mais atribuível à acusação suportar o risco desse erro (BRASIL, 2023, p. 20).

Assim é que a sentença penal condenatória exige o mais alto grau de corroboração da hipótese fática acusatória. Ou seja, a comprovação de que o acusado incidiu em todos os elementos do crime (fato típico, ilícito e culpável).

Conforme pontuado acima, não existem regras expressas na legislação quanto ao grau de suficiência da prova ou de corroboração da hipótese exigido para prolação de uma sentença condenatória. É dizer, a legislação processual brasileira não faz menção ao suporte probatório para subsidiar a condenação.

Mais que isso. Chama atenção a ausência de um único dispositivo legal para tratar sobre os critérios a subsidiar a decisão mais importante do processo penal: a sentença condenatória. Noutras palavras, não há um artigo sequer que indique quais os requisitos que o juiz deve observar para proferir uma sentença condenatória. Se todo o processo penal é teoricamente construído a partir da premissa do respeito aos direitos fundamentais, do postulado base da presunção da inocência, seria, no mínimo, razoável haver disciplina legal acerca da sentença condenatória. O silêncio legislativo é eloquente (e a seletividade do direito penal talvez ofereça resposta).

De qualquer modo, em uma leitura a *contrario sensu* do artigo 386 do Código de Processo Penal, é possível concluir que a sentença condenatória será proferida quando ausentes as hipóteses absolutórias ali elencadas³¹. Assim é que a condenação é possível se houver “prova da existência do fato” (incisos I e II) e que o “réu concorreu para infração penal” (IV e V), estando ausente “dúvida fundada” sobre causas de exclusão da tipicidade (III), da ilicitude e da culpabilidade (VI), quando então haverá “prova suficiente para a condenação” (VII).

Extrai-se os (possíveis) requisitos para a prolação de uma sentença condenatória: prova da existência de um fato típico, ilícito e culpável (ou que não existam dúvidas fundadas sobre) e de que o acusado tenha concorrido para a sua prática.

Ocorre que não há indicação do *quanto* de prova é necessário para se concluir que o acusado praticou o fato ou que esse fato é típico, ilícito e culpável. A redação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal é ainda mais

³¹ O presente trabalho critica a técnica legislativa adotada, uma vez que a sentença condenatória acaba se tornando, do ponto de vista redacional, subsidiária à absolvição – o que inverte a lógica do princípio da presunção da inocência.

dúbia do ponto de vista dos *standards* probatórios ao prever que a absolvição se dará quando “não existir prova suficiente para a condenação”. Mais uma vez indaga-se: quanto de prova é necessário para a condenação? Qual o grau de suporte probatório é exigido para que o acusado seja considerado culpado e seja suplantada a presunção de inocência?

Como visto, nos países de *common law*, a exigência se traduz na prova acima de qualquer dúvida razoável (BARD). O sistema jurídico brasileiro não dispõe de um *standard* semelhante, em que pese se vislumbrar na jurisprudência a importação do BARD há muito.

Janaína Matida e Antônio Vieira, em artigo tratando da crítica à adoção desse *standard* no processo penal brasileiro, expõe que o registro mais antigo de sua utilização é encontrado em decisão do STF, nos autos do HC 73.338/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 13/08/1996 (2019, p. 233).

Foi, contudo, a partir do julgamento do famoso caso Mensalão (ação penal n. 470) que o BARD passou a ser utilizado com maior recorrência. Ao menos seis, dos onze ministros da Corte³², fizeram referência a esse critério em suas decisões.

Esse *standard* também foi utilizado com frequência na operação Lava Jato. Segundo o Ministério Público Federal atuante no processo, o BARD consistia no “melhor standard de prova que existe” (alegações finais na AP 5046512-94.2016.8.04.7000/PR), sendo referenciado também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região como critério de suficiência para a valoração da prova (julgamento da AP 5012331-04.2015.4.04.7000/PR).

A importação desatenta desse modelo de constatação (“brasileirização” do BARD) traz, contudo, uma série de problemas.

Primeiro porque não se trata de um modelo desenvolvido para a realidade do processo penal brasileiro, em que os fatos, no geral, são submetidos à apreciação de um juiz togado, e não por pessoas leigas que não possuem a obrigação de motivarem a decisão.

Segundo porque, assim como se vislumbra nos sistemas *common law*, o grau de indeterminação do BARD em nada colabora com uma valoração racional da prova. No lugar de atuar como um critério que aclare ou explique

³² Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Tofolli, Luiz Fux e Rosa Weber.

[...] racionalmente quando se pode dizer que o patamar de prova para uma condenação criminal foi atingido, esse *standard* gera uma espécie de tautologia insuperável, no sentido de que a prova será suficiente toda vez que o juiz ou o tribunal disser que ela é suficiente” (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 240).

É por isso que a aplicação indiscriminada do BARD remete ao mesmo aspecto psicológico da íntima convicção do julgador e nada diz sobre a relevância da prova como o caminho exclusivo para sua formação. A pretensa objeção quanto às decisões subjetivistas, livres de qualquer controle de racionalidade, podem ser atribuídas também a esse modelo de constatação.

Se é certo afirmar que o cenário de ausência de controle sobre os que exercem o poder é favorecido pela íntima convicção, também é certo que temos de reconhecer que essa ameaça à Democracia e ao Estado de Direito está longe de ser neutralizada pelo BARD (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 233).

A importação desse *standard* de prova para o sistema penal brasileiro, sem a devida cautela, importa na atribuição de um efeito “*anti-standard*” (MATIDA e VIEIRA, 2019, p. 232), servindo como elemento meramente retórico de justificação das decisões³³, que nada diz ou contribui para um controle racional da prova.

Um exemplo diz por si mesmo: em um dos julgados da operação Lava Jata, houve menção expressa ao BARD para justificar a condenação em 1º grau e, em sede recursal, o mesmo *standard* foi referenciado para dizer justamente o contrário e absolver o acusado (AP 5083376-05.2014.4.04.7000/PR). Se dois juízes, analisando o mesmo fato, com base no mesmo conjunto probatório, vinculados ao mesmo ordenamento jurídico e valendo-se do mesmo critério de decisão e de suficiência probatória chegam a conclusões diametralmente opostas sobre a (in)existência de prova para condenação, é sinal de que algo há de errado³⁴.

De outro lado, também não se pode admitir que o princípio da presunção da inocência seja, por si só, um *standard* probatório. Trata-se, a bem verdade, de uma escolha política orientada para preservação da liberdade do indivíduo. A

³³ Esse é um dos pontos centrais que o presente trabalho pretende enfrentar, demonstrando, nos casos concretos, no que consiste o *standard* probatório para além da retórica linguística.

³⁴ Recomenda-se a leitura do artigo “Cada cabeça, uma sentença e a tese do espantalho” publicado por Lênio Streck no periódico Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/senso-incomum-cada-cabeça-sentença-tese-espantalho>.

presunção de inocência possui conteúdo axiológico voltado para garantia de um direito eleito como primordial, essencial ou fundamental.

Consiste em uma regra de julgamento, ou seja, que o réu seja absolvido em caso de dúvida sobre sua culpabilidade. Ferrer-Beltrán sustenta que essa dúvida não é aquela decorrente do estado psicológico do julgador, mas sim aquela racional sobre a verdade de uma hipótese fática (2023, p. 262-263). Não obstante, ainda assim a questão sobre o grau de dúvida permanece aberta.

Dito de outro forma, o *in dubio pro reo* exige a absolvição do acusado quando não houver prova suficiente para a condenação, mas nada diz sobre o umbral de suficiência probatória. A presunção de inocência

a) nada nos diz sobre o grau de dúvida racional admissível – isto é, sobre o *standard* de prova que deverá ser utilizado no processo penal – mas b) se pressupõe que disponhamos de um *standard* de prova cuja aplicação seja intersubjetivamente controlável, para tornar viável a função de garantia da presunção da inocência (BELTRÁN, 2023, p. 263-264).

Partindo de uma concepção racionalista, de que a decisão deve se fundar em um método de corroboração de hipótese fática de acordo com a prova produzida, Gustavo Badaró sustenta que a questão central “[...] não é quanto o juiz está convencido, ou quanto de dúvida – razoável, séria, fundada, permanente – resta em seu espírito. O que o *standard* de prova deve definir é quanto de suporte ou aval a prova confere à proposição fática, para lhe dar corroboração” (2023, p. 262).

Nessa linha, Gustavo Badaró apresenta uma proposta de *standard* de prova para a condenação, que observa: a) elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) ausência de elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação (2023, p. 269).

Esse modelo pressupõe que a hipótese a ser provada no processo penal é a da acusação. Não há disputa de bens da vida no processo penal. Como instrumento para exercício do poder punitivo estatal, o processo penal se destina à verificação de um objeto: a imputação fática acusatória.

Compete à acusação a prova de todos os elementos que compõe a hipótese. E, para derrubar a hipótese acusatória, basta que a defesa comprove a existência de uma hipótese defensiva. Noutra dizer, “[...] enquanto que para

confirmar a acusação é exigível uma pluralidade de provas concordantes, para confirmar uma hipótese defensiva, basta uma prova da hipótese defensiva e a tese acusatória estará derrubada” (BADARÓ, 2023, p. 269).

Para além disso, o modelo proposto por Badaró, ao usar a expressão “elevadíssima probabilidade”, remete um significado mensurável, a partir da força de confirmação da hipótese imputada e da eliminação de hipóteses rivais (BADARÓ, 2023, p. 270).

Em resumo, o *standard* proposto permite que se afira

[...] o grau de suporte que a prova dá às hipóteses fáticas, e permite realizar, a partir de uma lei científica ou regra geral de cobertura, a inferência probatória. O que se deve mensurar não é o convencimento do julgador sobre a hipótese fática, mas o grau de suporte que as provas dão à hipótese fática posta em julgamento (BADARÓ, p. 2023, p. 272).

Por todo o exposto, vislumbra-se a necessidade de estabelecer um *standard* probatório livre de subjetividade do julgador e que possa fornecer, de forma o mais objetiva possível, uma definição sobre quando uma hipótese fática possa ser considerada provada.

Viu-se, ao longo do presente capítulo, que, a depender do tipo de decisão judicial, exige-se um maior ou menor *standard* de prova. Na ilustração de Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa (2020), o *standard* de prova visto como um sarrafo em uma prova de salto com vara pode ser posicionado mais baixo ou mais alto, importando em graus distintos de dificuldade. A barra transversal (sarrafo) subirá gradativamente quando se parte do recebimento da denúncia à sentença condenatória – critério progressivo.

E, de igual modo, o sarrafo deve ser devidamente alocado quando se está diante de medidas cautelares probatórias, em especial aquelas que restringem direitos fundamentais.

Assim é que se perquire o grau de suficiência probatória necessário para sustentar uma busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial. É dizer, qual o *standard* probatório que justifica a restrição do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar nas hipóteses de flagrante delito.

A resposta a essa indagação parte da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o que será realizado no capítulo que segue.

2 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A inviolabilidade domiciliar consiste em direito fundamental que protege a intimidade e a vida privada do indivíduo contra ingerências arbitrárias, seja do Poder Público, seja de particulares.

Vem consagrada no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, que assenta que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

A Constituição tutela, assim, a segurança individual, a intimidade e a vida privada enquanto verdadeiros desdobramentos do fundamento da República da dignidade da pessoa humana. Resguarda a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade do lar, protegendo o recinto em que se pode livremente exercer a personalidade e a individualidade de forma plena. “Todo homem tem direito de ser livre no próprio domicílio: por isto este não deve ser violado por ninguém” (FASO *apud* GROTTI, 1993, p. 89).

A inviolabilidade domiciliar proporciona também a tutela da garantia da segurança pessoal destinada ao morador – no sentido de que ninguém pode penetrar na casa sem o seu consentimento:

A segurança aparelhada no dispositivo consiste na proibição de na casa penetrar sem consentimento do morador, a não ser em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da Justiça apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime. (SILVA, 2005, p.437)

Todavia, como direito fundamental que é, encontra espaço para restrição. É dizer, relativização do direito fundamental, sem, contudo, eliminar seu núcleo essencial. Está-se aqui a se referir às exceções estabelecidas pelo texto constitucional consistentes no flagrante delito, desastre, prestação de socorro e determinação judicial.

No capítulo 3 do presente trabalho serão abordadas cada uma das hipóteses trazidas pelo artigo 5º, XI da Constituição da República. Mas, para o

fim a que se destina este tópico, basta uma apresentação sucinta a respeito de uma das exceções constitucionais: o flagrante delito.

Flagrante deriva do latim “flagrare” (queimar), que indica acalorado, evidente, notório, manifesto. Em linguagem jurídica, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (CPP, artigo 302).

Acrescenta o diploma processual penal que, nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (CPP, artigo 303).

Presente situação de flagrante delito no interior do domicílio, o véu da proteção constitucional cede espaço para a repressão criminal, autorizando que o agente (polícia, vítima ou qualquer do povo) adentre na casa alheia, a qualquer momento e sem autorização judicial, de modo a cessar a prática delitiva.

Com efeito, seria inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, cogitar da inviolabilidade do domicílio como salvo conduto para a prática de crimes. É por isso que a própria Constituição elenca a hipótese de flagrante delito como exceção ao direito fundamental em questão e dispensa o mandado de busca e apreensão.

Ocorre que, nem por isso, o procedimento está imune a controle judicial. É dizer, não é porque a Constituição Federal autoriza a entrada em domicílio sem mandado judicial na hipótese de flagrante delito que dá carta branca aos agentes para agirem em desrespeito ao ordenamento jurídico. Tal conclusão, contudo, passa por premissas que serão analisadas à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

2.1 A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até meados do ano de 2015, a jurisprudência dos Tribunais Superiores afirmava sem ressalvas a possibilidade de os agentes estatais ingressarem em domicílio alheio, sem consentimento do morador, em hipótese de flagrante delito de crime permanente.

Em apertada síntese, a interpretação trilhava o seguinte caminho: se o crime permanente se estende no tempo, a situação flagrancial assim também o faz e, portanto, autorizado está o ingresso forçado em domicílio a qualquer momento, sem qualquer condicionante³⁵.

Dito de outro modo: se a todo momento que o agente comete o crime está em situação flagrancial; logo, a todo momento é viável a entrada em domicílio amparada na exceção constitucional de flagrante delito.

À luz desse raciocínio permitia-se, em última instância, que se adentrasse no domicílio sem quaisquer indícios concretos de prática delitiva. Bastava a intuição do agente policial ou uma simples denúncia anônima para que o domicílio fosse violado à luz da premissa da dilação do estado flagrancial de crime permanente. É dizer, ingressava-se na casa alheia para *investigar* a prática de um flagrante delito, mas não *em caso de* flagrante delito.

Por evidente, a interpretação em questão dava azo a arbitrariedades, vez que o agente policial poderia, a qualquer tempo e modo, sob qualquer pretexto e embasado em convicções subjetivas, adentrar violentamente no domicílio alheio. Se se deparasse com uma prática delitiva, a entrada estaria convalidada à luz do singelo raciocínio que, no crime permanente, o estado flagrancial se estende no tempo e, portanto, autoriza o ingresso em domicílio sem autorização judicial. Acaso não constatada a prática de crime, a conduta policial poderia incidir no crime de violação de domicílio ou mesmo de abuso de autoridade, com a natural tese defensiva de estrito cumprimento de um dever legal putativo (o policial *imaginava* que havia um crime em andamento).

Percebe-se, pois, que o crime permanente ensejava uma verdadeira carta branca para a violação de um direito fundamental, uma vez não se exigia qualquer justificativa prévia para entrada do domicílio. Ao contrário, o ato

³⁵ Por todos: STF. RHC 8608, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 22.08.2008; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; STJ. RHC 40.796, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8.5.2014.

arbitrário era convalidado diante da constatação de situação de flagrância posterior ao ingresso.

Esse entendimento passou por forte guinada no ano de 2015, diante do julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, em 05 de novembro daquele ano, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, em que foi fixado o Tema 280, em sede de repercussão geral.

2.1.1 O Tema 280 do Supremo Tribunal Federal

A Corte Suprema, no julgamento do RE 603.616/RO, conferiu ao artigo 5º, XI, da CRF/88 interpretação que garantisse a inviolabilidade do domicílio contra ingerências arbitrárias, na esteira do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Para tanto, assentou a necessidade de demonstração de fundadas razões prévias à entrada forçada em domicílio.

O Tema 280 foi assim ementado:

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.

Veja-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal inseriu um novo filtro à aferição da legalidade da entrada em domicílio na hipótese de flagrante delito: a prévia demonstração de fundadas razões. Sem uma justificativa prévia, a entrada é arbitrária e, portanto, ilegal. A constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, não legitima a medida.

A proteção contra a busca arbitrária exige, portanto, que a diligência seja avaliada com base nos elementos que se tem conhecimento antes da sua realização, não depois.

O controle judicial, nesse caso, será posterior. Posterior porque apenas após a concretização da entrada policial no domicílio é que o juiz, terceiro imparcial, analisará a presença dos requisitos da medida e se sua execução foi legal. A aferição *a posteriori* permitirá que o juiz verifique se, previamente à entrada em domicílio, havia elementos que indicavam a ocorrência de um crime em flagrante.

O controle judicial se torna ainda mais necessário tendo em mente que, a rigor, é necessária autorização judicial prévia para aferição de justa causa. Nessa quadra, o Código de Processo Penal disciplina a busca e apreensão autorizada judicialmente, estabelecendo a necessidade de “fundadas razões” para se autorizar a diligência (CPP, artigo 240, §1º). O crivo jurisdicional prévio confere legitimidade à medida, uma vez que pressupõe a análise, por sujeito neutro e imparcial, da existência de justa causa.

No entanto, na hipótese excepcional de flagrante delito, a própria Constituição Federal autoriza que a medida invasiva seja realizada à revelia de autorização judicial.

É nessas hipóteses, que não houve controle judicial prévio à entrada em domicílio, que resta o controle *a posteriori*.

Pelo entendimento que até o ano de 2015 se perfilhava nos Tribunais Superiores, se a situação de flagrante se confirmasse, qualquer controle subsequente à medida seria dispensado. Não se exigia das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na casa onde a diligência foi realizada.

A partir do julgamento do Tema 280 do Supremo Tribunal Federal, passa-se a se exigir a demonstração de um modelo probatório que seja capaz, *de per se*, de indicar a ocorrência de flagrante delito: as *fundadas razões*, extraído do artigo 240, §1º do CPP, que regulamenta a busca e apreensão.

Por ocasião do julgamento do RE 603.616/RO e de modo a exemplificar no que consiste esse requisito probatório, o min. Gilmar Mendes assentou que provas ilícitas, informações de inteligência policial (tais como denúncias anônimas e afirmações de “informantes policiais”) e, em geral, elementos que não tenham força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

Não obstante esses exemplos, o modelo probatório adotado pela Corte Suprema cria espaço para concretização e interpretação da locução *fundadas razões*.

Assim, a partir desse modelo probatório, passaremos a analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores envolvendo flagrante delito, crime permanente e entrada forçada em domicílio.

Noutras palavras, apresentaremos as premissas fáticas que aportaram no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça como

concretizadoras do modelo probatório “fundadas razões” e, na sequência, os fundamentos jurídicos constantes das decisões judiciais.

Registre-se que, no presente capítulo, a pretensão cinge-se à apresentação do estado da arte na jurisprudência. Ponderações críticas serão realizadas em momento oportuno, no capítulo 4.

2.1.2 Categorização das premissas fáticas

Seguindo a metodologia proposta no presente trabalho, a pesquisa de jurisprudência na base pública de dados do sítio do Supremo Tribunal Federal se deu mediante a busca dos termos interseccionados “entrada AND domicílio AND flagrante AND crime AND permanente”, no período de julgamento de 01.01.2022 a 31.12.2022.

O resultado consta da Tabela 1 apresentada no início deste trabalho, à qual fazemos alusão.

Averbe-se que os dados foram colhidos a par da base pública de consulta processual denominada “jurisprudência”, de modo que eventuais processos sigilosos não constam do campo amostral.

Mais uma vez, rememore-se que o objeto principal da análise recai sobre o crime de tráfico de drogas, inclusive porque se tratou da hipótese delitiva mais presente em termos numéricos.

A busca na ferramenta de jurisprudência resultou em 07 acórdãos e 219 decisões monocráticas.

Em que pese o objeto inicial da pesquisa tendesse à análise apenas dos acórdãos, a limitação do campo amostral a apenas 07 julgados correria o risco de não refletir o real posicionamento da Corte Suprema. Daí porque foram analisadas também as decisões monocráticas.

Bem assentada metodologia empregada, passa-se à apresentação dos resultados obtidos, frisando, mais uma vez, que este tópico se limita à categorização das premissas fáticas que embasaram a entrada forçada em domicílio, sem analisar a sua (i)licitude enquanto permissivo para tanto ou mesmo se se prestam a preencher o *standard* probatório exigido.

Das 226 decisões analisadas (aí incluídos os acórdãos³⁶), 20 delas não abarcaram a temática objeto de estudo no presente trabalho (flagrante delito; entrada em domicílio; crime permanente).

Algumas trataram sobre questões processuais, tais como o não conhecimento do apelo³⁷ e a ausência de interesse de agir³⁸ ou de repercussão geral³⁹. Outras, analisaram o mérito da insurgência, mas versando sobre temáticas distintas, tais como nulidades relacionadas ao interrogatório do réu⁴⁰ e à busca e apreensão autorizada judicialmente⁴¹, possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar⁴², incidência da figura do tráfico privilegiado⁴³, dentre outras.

Tais decisões foram excluídas do campo amostral de resultado, restando, pois, 206 julgados aptos ao fim a que se propõe a presente pesquisa.

Destes, em 15 decisões não houve menção ao substrato fático que embasou a entrada forçada em domicílio. É dizer, a técnica de decisão consistiu na simples reprodução da decisão vergastada, sem explicitar - sequer indiretamente ou mesmo através de fundamentação *per relationem* - qual a situação fática discutida nos autos, em que pese mantidas as condenações em todas elas⁴⁴.

Das 191 decisões restantes, a análise das premissas fáticas que ensejaram a entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito de crime permanente demonstrou que, em sua grande maioria, a denúncia anônima foi elemento crucial para tanto.

Com efeito, a hipótese fática “denúncia anônima” foi a mais citada, sendo mencionada em 99 decisões.

³⁶ De modo a facilitar a leitura, o termo “decisão” será empregado em sentido amplo, abarcando também acórdãos.

³⁷ A título exemplificativo: ARE 1410586, relator Min. Luiz Fux; ARE 1407310, relator Min. Luiz Fux; RHC 217591, relator Min. Edson Fachin

³⁸ MS 38662, relator Min. Ricardo Lewandowski.

³⁹ RE 1381193, relator Min. Dias Toffli; ARE 1378118, relator Min. Alexandre de Moraes

⁴⁰ HC 222826, relatora Min. Cármen Lucia.

⁴¹ HC 221607, relatora Min. Cármen Lucia e HC 221025 MC, relator Min. Dias Toffli

⁴² HC 212875, relator Min. Edson Fachin.

⁴³ RHC 222500, relatora Min. Cármen Lúcia.

⁴⁴ Trata-se de seguintes julgados: RHC 220549; HC 220125; HC 220132; HC 219125; Rcl 55314; RHC 218437; ARE 1383463; HC 215769; RHC 212354; RE 1379851; HC 215061; ARE 1379450; HC 214209; RHC 221539; ARE 1404219.

Foi seguida pelo segundo suporte fático de maior incidência, consistente em “consentimento do morador” para ingresso no domicílio, que figurou em 53 decisões.

O terceiro lugar foi ocupado pela premissa fática “apreensão de drogas em busca pessoal”, que figurou em 54 decisões, além de outras 03 envolvendo apreensão de drogas em busca veicular.

A “fuga” foi mencionada em 45 decisões da Suprema Corte, seguida da “confissão informal” aos policiais (seja quanto à existência de drogas no interior da residência, seja quanto à efetiva traficância), que figurou em 31 decisões.

Em 31 decisões houve averbação da realização de “investigação prévia”, “campana” ou “monitoramento prévio”.

A hipótese “atitude ou comportamento suspeito” foi mencionada em 29 decisões.

Por outro lado, em 17 decisões houve menção que se tratava de réu foragido do sistema de justiça, com “mandado de prisão em aberto”.

Em outras 12 decisões a “abordagem de usuários” foi mencionada como premissa fática.

O fundamento fático “visualização de drogas pelo lado externo da residência” foi trazido em 11 decisões.

Com menor intensidade, foram pontuadas outras hipóteses fáticas que embasaram a busca domiciliar sem autorização judicial, tais como “delação de corréu⁴⁵” (09 decisões); “suspeito conhecido no meio policial” (07); “uso de documento falso” (05); “odor de maconha” (03); “local conhecido como ponto de venda de drogas” (02); “veículo utilizado em outros crimes” (02), dentre outras.

Averba-se que, em 159 das 191 decisões que envolveram a temática, o substrato fático que embasou a entrada forçada em domicílio foi composto por um conjunto de elementos, tais como “denúncia anônima”, acrescida de “comportamento suspeito”, “fuga” ou “apreensão de drogas em busca pessoal”.

2.1.3 Categorização das premissas normativas

⁴⁵ O termo foi empregado no sentido leigo, consistindo em mero apontamento, por corréu, quanto à existência de drogas na residência e/ou traficância.

Realizada a categorização das premissas fáticas que ensejaram a entrada forçada em domicílio nas hipóteses de flagrante delito de crime permanente, passa-se, neste tópico, à apresentação dos fundamentos jurídicos constantes das decisões.

Rememore-se que, das 226 decisões analisadas, 20 delas não abarcaram a temática objeto de estudo no presente trabalho, de modo que a análise recaiu sobre 206 julgados.

Em todos eles (inclusive aqueles que não houve menção ao suporte fático que ensejou a busca domiciliar sem autorização judicial) houve, por evidente, fundamentação jurídica a acolher ou rejeitar a tese posta à discussão, em atenção ao artigo 93, IX, da Constituição da República.

E, em apertada síntese, o Supremo Tribunal Federal se valeu basicamente de dois fundamentos jurídicos para julgamento.

O primeiro e mais empregado (em 151 decisões) consistiu na dispensa de mandado de busca e apreensão para ingresso forçado em domicílio no caso de flagrante delito, com menção expressa ao Tema 280.

Para tanto, a linha de raciocínio consistiu: “nos crimes de natureza permanente, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado, desde que a ação esteja amparada em fundadas razões” (trecho extraído da ementa do HC 220361 AgR, relatado pelo Min. Nunes Marques, que ilustra o posicionamento da Corte Suprema nos demais casos semelhantes).

A concretização da expressão “fundadas razões” remonta ao substrato fático apresentado no tópico precedente.

Chama atenção, contudo, que foram poucas as decisões em que houve a *expressa* correlação do caso concreto com a demonstração de fundadas razões. Com efeito, em apenas 32, das 206 decisões analisadas, foi expressamente assentado o substrato fático capaz de preencher a *probable cause* ou justa causa.

É o que se verifica, a título exemplificativo, do HC 217633, relatado pelo Min. André Mendonça:

[..] o ingresso dos policiais na residência se deu por fundadas razões, ante a abordagem prévia dos agravantes, que apresentaram **atitude suspeita**, tendo sido **encontrados entorpecentes em poder de um deles** e tendo o outro se apresentado com **nome falso**, confirmando-se existência de mandado de prisão em seu desfavor (sem destaque no original).

Segundo esse julgado, configura justa causa a permitir a entrada em domicílio sem ordem judicial o tripé “atitude suspeita + apreensão de drogas em busca pessoal + autoidentidade falsa”.

Em que pese os precedentes em que houve correlação da justa causa com elementos do caso concreto, na grande maioria dos casos os ministros da Corte Suprema valeram-se da técnica de decisão de fundamentação *per relationem*. Ou seja, houve a transcrição da decisão impugnada como razão de decidir, sem, contudo, averbar expressamente no que consistia a justa causa à luz das premissas fáticas do caso concreto.

A título ilustrativo, cita-se trecho da decisão proferida no HC 221567, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski:

Observo, entretanto, que o acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, formalizada no julgamento do RE 603.616/RS (Tema 280 da Repercussão Geral), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se firmou entendimento no sentido de que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, o que não se verifica no caso concreto.

Valendo-se da mesma técnica redacional é o que se observa do RHC 221541, relatado pelo Min. Nunes Marques, em que houve a transcrição do acórdão impugnado para, na sequência, concluir que “não vislumbro, desse modo, a ocorrência de ilegalidade na apreensão das drogas realizada no domicílio da recorrente, eis que fundamentada na presença do requisito da justa causa, bem como tratar-se de crime permanente”⁴⁶.

O segundo fundamento empregado pela Corte Suprema consistiu na impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias, averbado em 137 decisões.

A linha de raciocínio adotada consistiu, em síntese, em reproduzir o acórdão impugnado para, ao final, averbar que alçar conclusão diversa das instâncias ordinárias demandaria o reexame fático-probatório, o que não é possível frente à natureza dos processos que, em regra, aportam no Supremo

⁴⁶ Registre-se que, em que pese a técnica de decisão de fundamentação *per relationem*, houve transcrição da decisão impugnada, por meio da qual foi, em regra, possível extrair os elementos do caso concreto.

Tribunal Federal (*habeas corpus*; recurso extraordinário⁴⁷; e reclamação constitucional).

Houve, ainda, menção que, diante de manifesto e grave constrangimento ilegal ou teratologia da decisão impugnada, a via eleita poderia ser excepcionalmente aceita para valoração e exame do acervo fático-probatório – o que, contudo, efetivamente se deu em apenas 01 processo⁴⁸.

A impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório talvez explique o fato de que em apenas 04, das 206 decisões analisadas, houve alteração do entendimento fixado pela instância inferior (seja para absolver quando havia condenação, seja para cassar a decisão absolutória e determinar a reabertura da instrução criminal).

Em todos os demais 202 casos, a decisão proferida na jurisdição ordinária foi mantida, sob o fundamento, mais uma vez, que, para rever a conclusão adotada pelas instâncias antecedentes e afastar as premissas fixadas, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que não é cabível perante o Supremo Tribunal Federal.

2.2 A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Empregando a metodologia proposta neste trabalho, a pesquisa de jurisprudência na base pública de dados (“jurisprudência) do sítio do Superior Tribunal de Justiça se deu mediante a busca dos termos interseccionados “entrada AND domicílio AND flagrante AND crime AND permanente”, no período de julgamento de 01.01.2022 a 31.12.2022, apresentando como resultado 172 acórdãos e nenhuma decisão monocrática (vide Tabela 2 apresenta no início deste trabalho).

O campo amostral apresentou duplicação de 03 acórdãos, que foram excluídos do resultado. Ausentes processos que tenham tratado de temática distinta ou mesmo versado exclusivamente sobre questões processuais alheias

⁴⁷ Súmula 279 /STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁴⁸ Rcl 55516, relator Min. Dias Toffoli.

ao objeto do presente estudo, a análise recaiu, assim, sobre 169 decisões: 109 delas proferidas pela Sexta Turma e 60 pela Quinta Turma.

Em termos gerais, observou-se que o Superior Tribunal de Justiça partiu da premissa fixada pelo Tema 280 do Supremo Tribunal Federal para análise da legalidade da entrada forçada em domicílio em hipótese de flagrante delito.

A partir daí, analisou o caso concreto à luz do entendimento fixado no HC n. 598.051/SP, relatado pelo ministro Rogerio Schietti Cruz e julgado em 15.03.2021, que, pela sua relevância e alta incidência nas decisões proferidas pelo Tribunal da Cidadania, será exposto de forma sumária.

No julgamento em questão, o Superior Tribunal de Justiça adotou algumas conclusões a serem observadas quando do ingresso forçado em domicílio em hipótese de flagrante delito de crime permanente.

A primeira se refere ao *standard* probatório, que exige a demonstração de fundadas razões, aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas. Percepções subjetivas dos agentes policiais ou mesmo estigmatizantes em relação ao suspeito não se prestam para tanto.

A segunda é que somente o flagrante delito que traduza urgência legítima o ingresso em domicílio alheio. Ausente situação de urgência – ainda que presente o estado flagrancial – o caminho a ser adotado é a autorização judicial para busca domiciliar, mediante mandado.

A terceira conclusão recai sobre o consentimento do morador para o ingresso em sua residência, que precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. A prova da legalidade e da voluntariedade, em caso de dúvida, recai sobre o Estado e deve ser feita mediante declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso, indicando, sempre que possível, testemunhas do ato.

Em todo o caso, a busca domiciliar deve ser registrada em mídia audiovisual, através de câmeras corporais do agente de polícia. No ponto, foi averbada a fragilidade da prova oral isolada para a comprovação da diligência policial.

Por fim, foi assentado que a violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que

dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do agente público que tenha realizado a diligência.

A partir das conclusões adotadas no HC 598.051/SP, porque, frisa-se, amplamente referenciadas nos 169 acórdãos postos sob análise, é que se passará à apresentação da categorização fática e jurídica da entrada forçada em domicílio segundo o Superior Tribunal de Justiça no ano de 2022. A análise crítica será postergada para o capítulo 4 deste trabalho.

2.2.1 Categorização das premissas fáticas

Do campo amostral de 169 acórdãos, foi possível observar que, em 124 deles, a “denúncia anônima” consistiu no substrato fático que ensejou a entrada em domicílio sem mandado judicial. Em 03 deles, a denúncia anônima figurou como fundamento isolado (todos anulados). Tratou-se, na esteira do observado nos julgados do Supremo Tribunal Federal, do fundamento fático com maior incidência.

Foi seguida pelo “consentimento do morador para ingresso no domicílio”, que foi mencionado em 70 casos.

A “fuga” apareceu em terceiro lugar, apresentada em 57 acórdãos.

A “apreensão de drogas em busca pessoal ou veicular” veio na sequência, sendo citada em 54 processos.

A “confissão” quanto à existência de drogas no interior da residência ou quanto à traficância em si consistiu em fundamento fático versado em 37 casos. Seguida do “comportamento ou atitude suspeita”, mencionado em 30.

A existência de “monitoramento ou investigação prévia” veio apenas em 7º lugar, em um total de 17 processos, assim como a “dispersão de drogas” no mesmo número.

Em 12 acórdãos, houve consignação da “visualização, pelo lado externo da residência, da existência de drogas” e, no mesmo número, figurou a hipótese de “suspeito conhecido no meio policial”. Chama atenção que, em 02 deles, o fato de o suspeito ser conhecido no meio policial figurou como fundamento fático isolado a ensejar a busca domiciliar sem mandado (ambos anulados).

Em menor incidência, foram observados outros substratos fáticos, tais como a existência de “mandado de prisão em aberto” (08 acórdãos); “local

conhecido como ponto de venda de drogas” (06); “abordagem de usuários” (07); “odor de drogas” (04), dentre outros.

À exceção dos já citados 05 acórdãos em que houve fundamento fático isolado para ensejar a busca domiciliar sem mandado judicial (03 baseados exclusivamente na denúncia anônima e 02 no fato de se tratar de suspeito conhecido no meio policial), todos os demais apresentaram um conjunto de elementos a preencher, ou não, a exigência de fundadas razões.

As duplas “denúncia anônima + fuga” e “denúncia anônima + consentimento do morador para ingresso no domicílio” se trataram das premissas fáticas com maior incidência a tencionar concretizar a justa causa.

2.2.2 Categorização das premissas normativas

Bem assentadas as premissas fáticas apresentadas nos casos concretos, passa-se à categorização jurídica dos fundamentos no universo de 169 acórdãos.

E, adianta-se, ao contrário do que se observou nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça procedeu à análise do conjunto fático-probatório coligido nas instâncias ordinárias em todos os casos, mesmo na via do recurso especial⁴⁹ e do *habeas corpus*⁵⁰. Bem assim assentou, no caso concreto, o preenchimento, ou não, da *probable cause*.

O fundamento jurídico com maior incidência, citado em 104 dos 169 acórdãos, consistiu na insuficiência da denúncia anônima, por si só, para restringir direito constitucional (à liberdade, ao domicílio, à intimidade).

Daí a necessidade de realização de diligência prévia para apurar a veracidade da *notitia criminis*, uma vez que esta, por si só, não serve sequer de

⁴⁹ Súmula 7-STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”

⁵⁰ Por todos: “[...] 3. Assim, se para a Corte a quo o acervo probatório era suficiente para amparar a condenação, afastar tal entendimento demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do habeas corpus.

4. Como é cediço: “Não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder o amplo reexame dos fatos e das provas para declarar se o caso é de absolvição ou não, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fática dos autos, restou convicta quanto à existência do crime e à certeza da autoria” (HC 34.498/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 07/03/2005, p. 291). 5. Agravo desprovido. (STJ. AgRg no HC n. 829.921/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.)

base válida para investigação criminal e, com maior razão, para violar franquia constitucional.

Exemplificando no que poderiam consistir tais diligências, o Min. Rogério Schietti Cruz cita “a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local”, “a movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas” ou mesmo a “menção a [...] atitude suspeita, externalizada em atos concretos” (AgRg no RHC 163053 / SC).

No que toca ao consentimento do morador para ingresso no domicílio, os ministros reafirmaram a tese fixada no julgamento do HC n. 598.051/SP. É dizer, nos 70 processos em que houve a menção a esse substrato fático, o raciocínio jurídico para análise da validade do ingresso no domicílio observou que (a) o consentimento precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; (b) a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento, em caso de dúvida, incumbe ao Estado e deve ser feita através de declaração assinada; (c) em todo o caso, a operação deve ser registrada em mídia audiovisual, como forma de não deixar dúvidas sobre o consentimento.

É por isso que, nos casos em que há termo de autorização de busca domiciliar assinado por algum morador ou gravada a diligência em mídia audiovisual, incumbe à Defesa o ônus de desconstituir a prova (fundamento citado em 19 processos).

Os ministros da Corte da Cidadania assentaram, em 36 precedentes, que o comportamento ou atitude suspeita e a fuga ao avistar patrulhamento policial não autorizam presumir o armazenamento de drogas na residência, nem o ingresso nela sem mandado, uma vez que não consistem em justa causa.

De igual modo, o simples fato de o agente ter antecedente criminal ou ser conhecido do meio policial não permitem o ingresso forçado em domicílio, porquanto admitir a validade desse fundamento, isoladamente, implicaria, em última análise, a permitir que todo aquele que um dia teve passagem policial tivesse seu lar devastado, em prevalência do “Direito Penal do autor” em detrimento do “Direito Penal do fato”.

O Superior Tribunal de Justiça também averbou, em 32 processos, que a apreensão ou dispersão de drogas em busca pessoal ou veicular não são suficientes para preencher a justa causa, ao argumento que não necessariamente presente o nexos causal que permitiria concluir que mais

entorpecentes estejam armazenados na residência a ponto de justificar a relativização da proteção constitucional do domicílio.

Os ministros acrescentaram que o fato de o réu estar em custódia do aparato policial torna inviável sua atuação no sentido de embaraçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial.

E justamente o fato de o suspeito estar custodiado é que torna inverossímil a versão de que teria confessado informalmente a existência de drogas na residência (fundamento citado em 12 acórdãos) ou mesmo autorizado voluntariamente a entrada no seu domicílio (57 acórdãos). Nas palavras do Min. Rogério Schietti, “um mínimo de vivência e de bom senso sugerem a falta de credibilidade de tal versão. Pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos – quantidade de policiais, todos armados, o réu já estava detido etc. –, não se mostra crível a voluntariedade e a liberdade para consentir na realização das diligências” (HC 762932 / SP).

Foi reafirmado que o ingresso forçado apenas é permitido em situações de urgência, “quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada” (HC n. 598.051/SP).

O Superior Tribunal de Justiça assentou que a busca domiciliar, ainda que amparada em fundadas razões, ou o regular cumprimento de mandado de prisão na residência não podem se travestir em pescaria probatória (*fishing expedition*), entendida como a “investigação especulativa e indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado” (SILVA; MELO E SILVA; e MORAIS DA ROSA, 2022, p. 50). Vale dizer, admitir a entrada na residência não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, sob pena de desvio de finalidade no cumprimento do ato.

Nessa linha, em 06 decisões, os ministros entenderam que existência de mandado de prisão em aberto não basta para o ingresso domiciliar quando descumpridos os preceitos do artigo 293 do CPP (o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido se se encontrar em alguma casa e, depois, em caso de desobediência, se durante o dia, a autoridade – com duas testemunhas – poderá adentrar o imóvel).

Percebe-se, assim, que a maior parte dos julgados do Superior Tribunal de Justiça traduz o que “não se consideram fundadas razões” para ingresso no

domicílio em situação de flagrante delito (juízo negativo), sempre diante das circunstâncias do caso concreto, e, em consequência, resultaram em anulação das provas produzidas – inclusive daquelas obtidas a partir destas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada) ou mesmo absolvição de plano. Com efeito, dos 169 acórdãos analisados, em 112 deles o julgamento foi provido em benefício do acusado.

Dos 57 acórdãos cujo julgamento foi desfavorável ao réu, em 23 deles a Corte realizou juízo positivo do que considera fundadas razões. A título ilustrativo, a dispersão ou apreensão de drogas em busca pessoal (AgRg no HC 737699 / PR; AgRg no AREsp 2035493 / AM e AgRg no HC 711412 / MG), aliada a outros elementos, como denúncia anônima (AgRg no RHC 157728 / PR), confissão informal (AgRg no HC 698107 / SP), fuga (AgRg nos EDcl no AREsp 2084715 / SP) ou monitoramento prévio (AgRg no RHC 159484 / MG), assim como a denúncia anônima seguida de fuga (AgRg no AREsp 2063631 / MG e AgRg no RHC 161381 / RS), de visualização de local com intenso fluxo de pessoas típico (AgRg no RHC 163983 / PI) ou de suspeito conhecido no meio policial (HC 713775 / SP) configuram justa causa para ingresso no domicílio sem autorização judicial na hipótese de flagrante delito. Em tais casos, averbou a dispensa de mandado de busca e apreensão na hipótese de flagrante de crime permanente.

Chama atenção que, 22 desses 23 acórdãos, foram julgados pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Apenas o AgRg no HC 723831 / SP se tratou de processo oriundo da Sexta Turma, cujo caso concreto tratou da ausência de impugnação específica da Defesa quanto à assertiva que houve visualização, ainda de fora da residência, de porções de droga no seu interior.

Ainda do universo de 57 acórdãos que houve julgamento desfavorável ao réu, 19 deles foram embasados na existência de autorização para ingresso no domicílio ou na confissão validamente produzidas.

Esses dados indicam, a princípio, que o Superior Tribunal de Justiça apresenta postura rígida quanto ao preenchimento da *probable cause*. Afinal, reafirma-se que, do campo amostral de 169 processos, em apenas 23 houve constatação da efetiva presença de fundadas razões – além de outros 19 em que a busca foi regular, conforme acima demonstrado. Em todos os outros casos, a diligência foi declarada ilícita porque não demonstrado, no caso

concreto, elementos suficientes a demonstrar a presença, *ex ante*, de justa causa a autorizar o ingresso forçado no domicílio.

Bem assentado o estado da arte da jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto *a probable cause*, passaremos à apresentação do direito fundamental que envolve a problemática objeto de pesquisa: a inviolabilidade domiciliar.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

3.1 A DIMENSÃO HISTÓRICA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR

A história da humanidade é marcada por transformações que permitiram ao homem se multiplicar e se espalhar ao longo do território e abandonar o estilo de vida nômade. Datada há cerca de 10 mil a.C., a Revolução Agrícola consiste em um desses grandes marcos históricos, que possibilitou a vida em assentos permanentes e estáveis.

Classificada por Harari como “a maior fraude da história” (2018, p. 87), a Revolução Agrícola foi fundamental para a fixação de “lar” aos antigos caçadores-coletores, que passaram a estabelecer um vínculo arquitetônico e psicológico com o território. A casa se tornou o abrigo para proteção contra animais, chuva, frio, calor e outras intempéries, além de ser o local que proporcionou comodidades à vida humana que lhe consagraram um liame afetivo, vista como um grande feito ou conquista: minha casa, meu refúgio, meu lar⁵¹.

A proteção do domicílio remonta desde então.

É velho, antigo, ancianíssimo semelhante direito, coexistindo suas manifestações até com as sociedades primitivas, quando se resguardavam, enfrentando mesmo a guerra de clã em clã, contra seus perseguidores, os fugitivos, escravos ou libertos (GROTTI, 1993, p. 14).

É, talvez, a Lei das XII Tábuas que positiva o instituto, com referência a bases religiosas e ao caráter sagrado do domicílio. Cleunice Bastos Pitombo comenta a fonte romana:

Assentava, ainda, a Lei das XII Tábuas que a casa é um asilo inviolável: “Domus tutissimum cuisque refugium atque receptaculum sit”. De sua “casa ninguém pode ser tirado contra a vontade, dizia o juriconsulto Paulo: De domo sua meno extrahi debet (Dig., de regul. Juris. L.103). Pela tradução literal daquele preceito da Lei das XII Tábuas, que foi transmitido por Gaio, como se pode ver no Dig., Liv. II, Tít. IV. L.18, bem se pode avaliar quão verdadeira a afirmação daqueles que narram a tradição romana da religiosidade do culto do lar doméstico. Para o romano a casa era um altar doméstico. A entrada em casa alheia, desde tempos tão antigos, via-se cercada de acatamento e prudência, ainda que emergisse para a procura de coisa furtada, por particular ou pelo poder público (2005, p.25-26).

Foi, contudo, com a Revolução Burguesa que a proteção do domicílio, enquanto liberdade individual, tomou forma. E isso porque a tutela da casa, como

⁵¹ O uso dos pronomes possessivos é intencional.

direito de primeira dimensão, liga-se primordialmente à propriedade e ao caráter individualista burguês, assumindo aspecto negativo frente ao Estado: um direito de abstenção, de não intervenção estatal, de oposição ou de resistência.

Na Inglaterra liberal, a inviolabilidade do domicílio encontrou categórico reconhecimento. É célebre a exortação de Lord Chatham, no Parlamento britânico ao dizer “O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar”.

A partir daí, a proteção do domicílio foi difundida em diversos ordenamentos jurídicos.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, em que pese não consagrar expressamente a inviolabilidade domiciliar, abarcou a sua proteção na regra da liberdade individual e da propriedade:

Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

Nos Estados Unidos da América, o princípio da inviolabilidade domiciliar vem consagrado na Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, em vigor desde 1791, cuja redação da Quarta Emenda prevê:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas⁵².

A origem da Quarta Emenda reflete o protesto dos colonos contra a até então ordinária prática de “mandados gerais”. O costume consistia na expedição (nem sempre por juízes, mas por simples servidores administrativos da Coroa) de mandados genéricos que permitiam aos oficiais invadirem casas na busca de bens sonegados da arrecadação tributária. De posse do mandado, o executor poderia realizar buscas em qualquer lugar à procura de qualquer coisa.

⁵² Redação original: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects,[a] against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

A emenda veio, assim, a estabelecer dupla proteção: a proibição de buscas injustificadas e o estabelecimento de formalidades à expedição de mandados. Segundo Gisela Aguiar Wanderley,

[...] o propósito básico da Quarta Emenda, ao proibir buscas e apreensões desarrazoadas, é o de salvaguardar a privacidade e a segurança dos indivíduos em face de intervenções arbitrárias de agentes estatais. Reconhece-se que o indivíduo possui o direito de só ter a sua privacidade invadida em circunstâncias limitadas e determinadas, ainda que a intervenção estatal não configure uma intrusão hostil (2019, p. 344).

A partir da Quarta Emenda, foram fixadas importantes premissas que ainda hoje são compartilhadas pelo Direito.

Gisela Aguiar Wanderley (2019), em texto sobre a qual está assentado o relato histórico norte-americano que doravante segue, lembra que a primeira consiste na definição que mandados de buscas e apreensão devem ser expedidos apenas por juízes (reserva de jurisdição). Segundo a Suprema Corte Estadunidense, o direito à privacidade não pode ser confiado àqueles cujo trabalho é a investigação de crimes e a prisão de criminosos. Daí a necessidade de um sujeito imparcial (magistrado) entre a atividade policial e o cidadão⁵³.

Muito embora a Quarta Emenda não tenha como finalidade impedir o trabalho dos policiais na busca de evidências e na prisão de suspeitos, ela estabelece que as buscas e prisões devem ser determinadas por um magistrado neutro e não por policiais engajados na prática, muitas vezes competitiva, de identificar crimes. Qualquer presunção de que a existência de evidência suficiente para fundamentar a determinação desinteressada do magistrado para emitir um mandado seria o suficiente para justificar uma busca sem mandado, reduziria a Quarta Emenda a uma nulidade e deixaria a proteção das casas das pessoas à discricionariedade dos policiais. (DUARTE, MEDEIROS e SIQUEIRA, 2020, p. 2038).

A regra é, portanto, a prévia expedição de mandado judicial para entrada forçada em domicílio. Há, contudo, situações excepcionais em que o mandado prévio é dispensável. Segundo a Suprema Corte, a primeira consiste na urgência, é dizer, quando as circunstâncias do caso não comportarem a espera pela expedição do mandado⁵⁴. A segunda trata do consentimento válido (livre e voluntário) do morador⁵⁵, situação em que igualmente o mandado prévio será dispensado. A terceira consiste na “exceção da visão aberta”, ou seja, quando há provas visíveis da prática criminosa naquele local⁵⁶.

⁵³ Johnson v. United States 333 U.S. 10 (1948); Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971)

⁵⁴ Mincey v. Arizona, 437 U.S. 393-394 (1978)

⁵⁵ Schneckloth v. Bustamonte 412 U.S. 218 (1973)

⁵⁶ Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Arizona v. Hicks, 480 U.S. 321 (1987).

Aí se insere o segundo importante ponto fixado pela Quarta Emenda: a causa provável (ou *probable cause*), que permite a entrada forçada em domicílio quando os fatos conhecidos forem, por si sóis, suficientes para se concluir pela prática de um crime. Noutras palavras, a causa provável consiste na suspeita objetiva, concreta e individualizada (e não mera intuição) que leve a crer que, naquele local, um crime esteja em andamento. Suspeita essa aferida à luz do “homem de razoável prudência e cautela” (WANDERLEY, 2019, p. 346).

A causa provável existe quando os fatos e as circunstâncias concreta e objetivamente verificados são suficientes para persuadir uma pessoa razoável que um crime está sendo cometido. Meros palpites ou suspeitas generalizadas não são suficientes.

Segundo a Corte Americana, o conceito de causa provável não se confunde com suspeita razoável. Este último requisito necessário para realização de busca e apreensão pessoal ou *stop and frisk* (“abordagem policial coercitiva por meio da qual a liberdade ambulatorial é restringida brevemente para investigação no próprio local” e “inspeção das vestes de um indivíduo com o objetivo de encontrar armas com as quais a integridade física do policial ou de terceiros pudesse ser vulnerada” (WANDERLEY, 2019, p. 349).

Com efeito, a *stop and frisk* tem baixo nível de invasividade e não exige a presença de mandado judicial ou mesmo causa provável; basta a presença de suspeita razoável de que uma ação criminosa esteja em andamento.

Classificados enquanto *standards* probatórios, a causa provável revela um maior nível de exigência probatória, estabelecendo uma maior *quantidade e confiabilidade* dos fatos que levam à crença da prática criminosa (WANDERLEY, 2019, p. 350). Ao passo que suspeita razoável consiste em um *standard* probatório menos rigoroso, que se perfaz com informações que possam ser menos confiáveis e também em menor quantidade.

Craig Hemmens e Rolando del Carmen, citados por Gisela Aguiar Wanderley (2017, p. 189-190), assinalam a distinção entre os conceitos de causa provável e suspeita razoável:

Em uma oportunidade, contudo, a Corte afirmou que “suspeita razoável é um parâmetro menos rigoroso que a causa provável não só no sentido de que a suspeita razoável pode ser estabelecida com informação que é diferente em quantidade ou incontestabilidade do que aquela requerida para estabelecer causa provável, mas também no sentido de que a suspeita razoável pode advir de informações que sejam menos confiáveis do que aquelas requeridas

para demonstrar causa provável (Alabama v. White, 496 U.S. 325 [1990]). A despeito desse parâmetro menos rigoroso, a suspeita razoável deve estar fundada em fatos específicos e objetivos e em conclusões lógicas embasadas na experiência do policial. Ela não pode ser baseada na mera intuição (que possui 0 por cento de certeza) ou suspeita (que pode ter 10 por cento de certeza). A suspeita razoável está inserida entre a suspeita e a causa provável na hierarquia de certeza exigida para a polícia atuar legalmente.

Vê-se, pois, que tanto a causa provável quanto a suspeita razoável devem vir lastreadas em fatos individualizados e concretos que levem a crer que um indivíduo esteja praticando um crime (diferenciando-se no grau de quantidade e confiabilidade das informações que subsidiam essa crença) – e não em mero subjetivismo ou intuição.

Tratam-se de garantias individuais contra o abuso de autoridade. Garantias essas que se destinam à proteção da pessoa – e não do lugar. É dizer, o direito tutelado protege a legítima expectativa de privacidade do indivíduo, o que não se restringe à proteção à privacidade do espaço privado (GISELA, p. 2019, p. 344-345). Ausente causa provável ou suspeita razoável, considera-se ilícita a atuação⁵⁷.

Daí porque a causa provável condiciona a intervenção policial ou judicial: tanto numa quanto noutra, deve haver elementos concretos que, *a priori*, indiquem a provável ocorrência de um crime. Elementos de prova colhidos *após* a busca não são aptos a justificar (tampouco legitimar) a diligência, que será ilícita. A similitude dessas características dialoga com o Tema 280 fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

A propósito, no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 603.616/RO, que serviu de paradigma para a fixação do aludido tema em repercussão geral, o ministro classifica a inviolabilidade domiciliar sob a ótica das constituições estrangeiras em três diferentes grupos (BRASIL, 2015).

Um primeiro grupo afirma a proteção contra buscas arbitrárias, cuja regulamentação da competência para expedição de mandados fica por conta da lei. Aí estão incluídas, além da Constituição dos Estados Unidos, as Constituições italianas, chinesa e argentina (BRASIL, 2015, p. 8).

A segunda categoria cria a reserva de jurisdição para a busca e apreensão, sem exceção. É o caso do Uruguai (BRASIL, 2015, p. 10).

⁵⁷ Remete-se o leitor ao título introdutório, que tratou inadmissibilidade de prova ilícitas.

Um terceiro grupo, além de criar a reserva de jurisdição, estabelece exceções nas quais é tolerado o ingresso em domicílio sem autorização judicial. São os casos da Alemanha, cuja exceção consiste na demora que implique perigo; Portugal, Espanha, Japão, que preveem o flagrante delito; e Angola que, além do flagrante delito, estabelece situação de emergência e para prestação de auxílio (BRASIL, 2015, p. 10). O Brasil se enquadra nesse terceiro.

No direito nacional, a inviolabilidade domiciliar foi tratada desde a Constituição Imperial de 1824, que estabelecia que a casa era “asilo inviolável” na forma do seu artigo 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e na forma da lei.

Na Constituição republicana de 1981, a inviolabilidade domiciliar consagrou-se com a seguinte redação:

Art. 72 [...] § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórmula prescriptos na lei.

A Constituição de 1934 assim protegeu a inviolabilidade do domicílio:

Art. 113 [...] 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

De igual forma, a Constituição de 1937 remeteu à lei a regulamentação da garantia:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

A declaração de estado de guerra em 1942, através do Decreto 10.358, de 31/08/1942, suspendeu a inviolabilidade domiciliar⁵⁸, que foi retomada pelas

⁵⁸ Art. 2º Na vigência do estado de guerra deixam de vigorar desde já as seguintes partes da Constituição:

Constituições de 1946 e 1967, sempre com a alusão à regulamentação infraconstitucional.

Na Constituição de 1946:

Art 141 [...]

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

E na Constituição de 1967:

Art 150 [...]

§ 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

Finalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o preceito normativo assim foi redigido:

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.

No plano internacional, a inviolabilidade domiciliar tem semelhante previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, dos quais o Brasil é signatário.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê:

Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Em sentido próximo, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos:

Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Ambos os tratados internacionais se preocupam com ingerências arbitrárias ou abusivas no domicílio alheio, protegendo o cidadão do poder de império - não raro - exercido de forma ilegal. São consequências diretas do

Art. 122, ns. 2, 6, 8, 9, 10, 11, 14 e 16;
[...]

contexto histórico de luta social e burguesa decorrentes da Revolução Americana, que foi a causa direta da redação da quarta emenda.

3.2 A DIMENSÃO FUNDAMENTAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR

O enunciado normativo do artigo 5º, XI, da CRFB/88 estabelece a máxima de que a morada de alguém é asilo inviolável, conferindo-lhe contorno jurídico de direito fundamental vinculado à proteção da vida privada, da intimidade e da segurança.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 437),

O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o *domicílio*, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da *privacidade*, da *intimidade*, que este asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada.

Trata-se, assim, de garantia individual que tutela a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade do lar, amparando a intimidade e a vida privada contra ingerências arbitrárias.

A inviolabilidade domiciliar é tratada na Constituição da República no rol de direitos fundamentais.

Em que pese não ser o objeto precípua do presente trabalho, necessária uma breve explanação acerca da conceituação de direitos fundamentais.

Antes, contudo, pertinente a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Não há dúvidas que direitos fundamentais são também humanos, no sentido de que seu titular é o ser humano. A diferença fundamental reside no âmbito de posituação:

Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado (NOVELINO, 2004, p. 394).

Sob esse aspecto, Ingo Sarlet discorre que direitos fundamentais possuem sentido mais restrito e preciso quando comparado a direitos humanos,

[...] na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecimentos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e

temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. (SARLET, 2018, p. 31)

Direitos fundamentais estão atrelados à noção de promoção da dignidade da pessoa humana enquanto “prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2005, p. 178).

Na tarefa de delimitação do instituto jurídico em questão, Ingo Sarlet explicita que a nota característica da fundamentalidade (aquilo que qualifica um direito como fundamental) é que essa circunstância é simultaneamente formal e material (2022, p. 146).

A fundamentalidade formal consiste na positivação constitucional da posição jurídica. Ou seja, são aqueles direitos que a ordem constitucional qualifica, de forma expressa ou implícita, como tais. São compostos pelos seguintes elementos:

(a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF),⁹²⁵ muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo constituinte, aspecto desenvolvido no capítulo sobre o poder de reforma constitucional; (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5.º, § 1.º, da CF), o que igualmente será aprofundado mais adiante (SARLET, 2022, p. 146).

Luigi Ferrajoli apresenta uma definição formal semelhante ao averbar que direitos fundamentais são “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir” (2021, p. 9). E continua: “a vida, a liberdade pessoal ou o direito de voto são fundamentais, não tanto porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque universais e indisponíveis” (p. 22).

Do ponto de vista material, direitos fundamentais são aqueles que ostentam maior relevância a considerar o bem jurídico e relacionam-se “a decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, 2022, p. 146).

Nessa linha, Vieira de Andrade sustenta que o ponto característico que serve para definir um direito fundamental é a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana (1987, p. 85). Nisso está a fundamentalidade material: “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES e BRANCO, 2017, p. 131).

Sintetiza Ingo Sarlet ao averba que

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SARLET, 2022, p. 147).

Nesse caminho é a conceituação que se recolhe em José Afonso da Silva, para o qualitativo *fundamental* indica “que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (2005, p. 178).

Nessa linha de raciocínio, calha invocar a lição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual os direitos fundamentais correspondem a vínculos que condicionam a validade substancial das normas produzidas pelo Estado; é dizer, prescrevem a esfera do indecidível: “aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais” (2015, p. 20).

[...] são normas substanciais sobre a produção normativa. São, em primeiro lugar, “normas” em si mesmas, sendo imediatamente dispostas, de maneira geral e abstrata em relação a seus titulares [...]. São, em segundo lugar, normas “substanciais” sobre a produção de normas, no sentido que disciplinam não apenas a forma, mas o significado, isto é, a substância das normas produzidas – aquilo que não pode ser ou não pode não ser decidido –, condicionando-lhes a validade à coerência com os direitos e princípios de justiça por elas formulados. (FERRAJOLI, 2015, p. 40).

Assim, os direitos fundamentais operam como fontes de invalidação e de deslegitimação, além de legitimação. Existem como situação de direito positivo, uma vez que estabelecidos na Constituição. Mas, para além disso, representam não uma autolimitação revogável pelo poder soberano, e sim um sistema de limites e de vínculos a este supraordenado: direitos em direção e, se necessário, contra o Estado (FERRAJOLI, 2021, p. 28).

3.2.1 Liberdades e relatividade: níveis aceitáveis e não aceitáveis de afetação da inviolabilidade do domicílio

Como direito fundamental que é, a inviolabilidade domiciliar não é absoluta. Encontra, pois, espaço para restrição.

Restrição e direito são conceitos que atraem a incidência de teorias distintas para explicar o fenômeno da limitação a direitos fundamentais.

Em apertada síntese, advogada a teoria interna que um direito fundamental “nasce” com limites imanentes. Ou seja, restrição e direito não são categorias autônomas, mas traduzem sim ideia de direito fundamental com conteúdo determinado (MENDES, 2014, p. 199).

Fala-se em limites, que “consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística”, que não se confundem com restrições, uma vez que essas são compreendidas como barreiras “normativas impostas externamente a estes direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico” (SARLET, 2022, p. 171).

De outro lado, a teoria externa admite a distinção em um direito e a restrição a ele imposta. Daí a necessidade de se distinguir dois objetos: “há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições” (SILVA, 2006, p. 38-39).

De acordo com essa teoria, um direito existe, *a priori*, de forma ilimitada, que, com a imposição de restrições, converte-se em um direito limitado (MENDES, 2014, p. 199).

Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 39) chama atenção que:

[...] somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*.

Para a teoria externa, o direito fundamental é *prima facie*, passível de restrição no caso concreto, de acordo com outros princípios.

A adoção da teoria externa das restrições permite um maior controle em termos de racionalidade, uma vez que retira do intérprete a possibilidade de

impor limites a direitos fundamentais por simples espaços de não proteção em abstrato. Ao revés, restrições impõe fundamentação constitucional adequada diante do caso concreto, construída a par do sopesamento da regra da proporcionalidade.

A divergência apontada resulta, na verdade, na adoção da premissa de que os direitos fundamentais são regras (teoria interna) ou princípios (teoria externa). Adotada a concepção externa (direitos fundamentais são princípios) no presente trabalho, é possível falar em diferentes níveis de afetação.

O primeiro consiste na *privação*, que resulta na intervenção absoluta em direitos fundamentais.

Há inúmeros exemplos constitucionais de privação de direitos fundamentais, *ex vi*, pena de morte (art. 5º, XLVII, da CRFB), perda da nacionalidade (art. 14, §2º, da CRFB), expropriação de bens (art. 243 da CRFB), dentre outros.

Por resultar em evidente aniquilação do direito fundamental protegido pela normal constitucional, a privação é medida extrema que deve vir amparada em preceito normativo e sujeitar-se ao teste de proporcionalidade. Afinal, “somente se for possível controlar racionalmente a qualidade das razões adotadas por uma autoridade competente (ainda que constituinte) será admissível uma decisão que resulte numa privação de direitos constitucionais [...]” (STRAPAZZON e INOMATA, 2017, p. 103).

De outro lado, encontram-se situações de intervenção relativa de direitos fundamentais. As chamadas *restrições*. Em tais hipóteses, há relativização do direito fundamental, sem, contudo, eliminar seu núcleo essencial.

Tais limitações podem se dar tanto por disposição constitucional quanto por norma infraconstitucional. Há, ainda, quem inclua uma terceira alternativa, consistente na restrição de direitos em razão de colisões entre direitos fundamentais (SARLET, 2022, p. 173). Seja qual for a hipótese, certo é uma restrição de direito fundamental exige, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional.

A título ilustrativo, cláusulas de reserva legal qualificam-se como restrições a direitos fundamentais, *ex vi*: prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação, nos termos da lei (CRFB, artigo 5º, VII); direito a receber informações de órgãos públicos, que serão prestadas no prazo

que a lei fixar (CRFB, art. 5º, XXXIII); impenhorabilidade da pequena propriedade, assim definida em lei (CRFB, 5º, XXVI), dentre outras.

Por fim, intervenções ilegítimas em direitos fundamentais são classificadas como *violações*. Com efeito, “caso uma intervenção não seja constitucionalmente fundamentada, trata-se de uma violação, e não de uma restrição” (NOVELINO, 2004, p. 425).

Especificamente no que se relaciona ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, infere-se que o constituinte estabeleceu cláusula restritiva diretamente constitucional. São hipóteses de restrição que não limitam o suporte fático do direito fundamental; a proteção *prima facie* existe mesmo no enunciado normativo que contenha cláusula restritiva de cunho constitucional. Trata-se das hipóteses de “flagrante delito”, “desastre” e “prestação de socorro”, a serem melhor analisadas abaixo.

3.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: ELEMENTOS ESTRUTURANTES E EXCEÇÕES

Prescreve o artigo 5º, XI da Constituição da República: “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”.

A inviolabilidade domiciliar resguarda a intimidade e a vida privada. Os conceitos estão relacionados, guardando distinção na menor amplitude desta em relação àquela.

Assim, a intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo, relações familiares e de amizade, “conversações e episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amigáveis mais próximas” (MENDES e BRANCO, 2020, p. 286) ao passo que a vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive objetivos, tais como “relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público” (MENDES e BRANCO, 2020, p. 286).

Tércio Sampaio Ferraz (1993, p. 77) sustenta que o conteúdo da privacidade é

[...] a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.

Assim é que o direito à privacidade está diretamente relacionado ao fundamento da República da dignidade da pessoa humana, que permite condições propícias para o desenvolvimento livre e saudável da personalidade. Não se pode cogitar de converter a vida privada e a intimidade do indivíduo como instrumento de diversão ou entretenimento alheios.

José Afonso da Silva sustenta que, ao reconhecer a casa como asilo inviolável, a Constituição da República “está reconhecimento que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da personalidade humana” (2005, p. 207).

Titulares (portanto, sujeito do direito) são as pessoas físicas (brasileiras ou estrangeiras) e jurídicas.

No que se refere à pessoa jurídica, Dinorá Grotti (1993, p. 104) sustenta que a extensão da garantia à pessoa jurídica se dá por se tratar de um direito do indivíduo projetado nas suas várias relações e centros de interesse. Assim, se a pessoa jurídica é uma decorrência necessária do indivíduo, eliminar a garantia da pessoa jurídica equivaleria a desproteger os direitos das pessoas físicas – até mesmo porque a casa é apenas o espaço que é respeitado em função da garantia dada ao sujeito (esse sim titular do direito).

Em se tratando de pessoa física, a titularidade se estende a todos os membros da família que residem no local (titularidade múltipla).

A natureza da ocupação (se provisória, definitiva, posse, propriedade, comodato etc.) é irrelevante para a proteção jurídica, uma vez que se estende a toda espécie de vínculo.

Por sua vez, são destinatários da garantia constitucional o Estado (aqui tomado em sentido amplo, incluído todo agente público no exercício de sua atividade) e os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), a quem também é vedado o ingresso no domicílio alheio.

Aqui reside uma consequência da dimensão objetiva do direito fundamental em questão. Dimensão objetiva que resulta do “significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional” (MENDES e BRANCO, 2017, p. 153).

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos (MENDES e BRANCO, 2017, p. 153).

Essa dimensão objetiva enseja um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões provindas de particulares ou do próprio Poder Público. Daí a percepção de que os direitos fundamentais obrigam o respeito não apenas pelo Estado, mas também os próprios indivíduos, nas suas relações entre si.

Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade [...]. Tudo isso contribuiu para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a drittwirkung do Direito alemão) (MENDES e BRANCO, 2017, p. 160).

O conceito jurídico de “casa”, para fins de proteção constitucional, tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum. Abrange a habitação ou moradia – local em que a pessoa é encontrada ocasionalmente, sem ânimo de permanência; a residência – lugar em que habita, com intenção de permanecer, incluídos espaços coletivos; os espaços não abertos ao público onde se exerce profissão ou atividade⁵⁹; além de meios de transportes transformados em habitação (tais como trailer, barco, cabine de caminhão).

Por isso, o Supremo Tribunal Federal entende como objeto da garantia constitucional do inciso XI do art. 5º da CRFB/88 “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer

⁵⁹ É o que se extrai do artigo 150, §4º do Código Penal: “A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade” (BRASIL, 2000).

A proteção recai sobre o local físico onde o indivíduo pode gozar de sua privacidade, não guardando relação necessária com a propriedade, mas sim com a posse para efeitos de residência (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2013, p. 546).

Assim, a casa (domicílio) que constitui o objeto de proteção da garantia da inviolabilidade consagrada pelo art. 5.º, XI, da CF é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (apartamento de habitação coletiva), são considerados abrangidos pela proteção constitucional. O caráter temporário e mesmo provisório da ocupação, desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois esta, como já frisado, busca em primeira linha assegurar o direito à vida privada. (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2013, 548).

A inviolabilidade domiciliar coloca-se como uma condição de gozo da liberdade domiciliar, ou seja, do espaço elementar para o livre desenvolvimento da personalidade. Pouco importa, para essa finalidade, se a casa está ocupada ou não. A proteção recai, inclusive, em casas vazias, mas desde que não abandonadas:

Tendo em conta que a inviolabilidade do domicílio protege, em última análise, o direito à intimidade, pouco importa que a casa esteja (ou não) ocupada, pois o que se consagra é a intimidade espacial, esteja ou não a pessoa no local. Mesmo estando a casa vazia (casa de campo ou de praia ocupada apenas esporadicamente), cuida-se de expressão de intimidade da pessoa, sendo vedado o ingresso de estranhos. De se ver, então, que a casa abandonada não está tutelada pelo dispositivo do art. 5º, inciso XI, da Magna Carta, pois, neste caso, ausente a figura do morador, não há falar em tutela do direito à intimidade (LIMA, 2016, p. 975).

O termo “asilo”, do grego “ásilon” e do latim “asylum”, significa templo, lugar inviolável, refúgio (no sentido dicionarizado de lugar para onde se foge visando escapar de perigo) (GARCIA, 2009, p. 5).

Assim, a proteção constitucional recai sobre o espaço inviolável tido como casa.

O âmbito de proteção do direito fundamental pode ser limitado na hipótese em que ingresso na casa é autorizado pelo titular. Trata-se da hipótese constitucional grafada como “consentimento do morador”.

Consentir é anuir, concordar ou autorizar. Sem consentimento, o ingresso no domicílio é inconstitucional e ilegal, passível de sanção. Com consentimento, a entrada na residência é lícita, seja durante o dia ou a noite.

Essa autorização deve ser dada por pessoa capaz e titular do direito fundamental e, ainda, que compreenda o objeto da atuação alheia.

Tratando-se de ação policial, a autoridade policial deve certificar-se que o sujeito que está autorizando o ingresso é efetivamente morador da residência (legitimidade para consentir) e que tem consciência e compreensão das consequências do ato, sendo facultado ao titular, a qualquer momento, interromper o consentimento dado, expulsando os agentes estatais do seu domicílio.

O consentimento deve ser expresso e prestado de forma espontânea pelo indivíduo, em condições de serenidade e liberdade ambientais necessárias para autorizar a invasão do direito fundamental. Para ser válido, deve ser “inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção” (BRASIL, 2021, p. 47).

Nessa linha, questiona-se a validade do consentimento dado por pessoa presa. Aury Lopes Jr. sustenta que, quando alguém está preso e é conduzido pela autoridade policial à sua residência, o consentimento para busca domiciliar é viciado por força da intimidação ambiental e situacional a que está submetido o agente (2019, p. 614). Explica o autor, traduzindo precedente da Suprema Corte da Espanha (STS, 13 de junho de 1992), que:

o problema radica em saber se um detido ou preso está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis...* e dizemos *sui generis* porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula 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 (p. 615).

A Corte Espanhola exige que o consentimento deve observar os seguintes requisitos: a) ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) ser consciente e livre, a qual exige que: b1) não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) seja precedido da assistência de um defensor, do

que constará da diligência policial, na hipótese em que a pessoa estiver presa ou detida; c) seja prestado por meio oral ou por escrito, porém sempre vertido documentalmente; d) seja expresso; e e) realizado pelo titular do domicílio (BRASIL, 2021, p. 50-51).

Em sentido similar, também a Suprema Corte Norte-Americana entende que o consentimento do morador, para ser válido, deve passar pela aferição de algumas balizas que, a depender do caso concreto, poderão culminar em sua invalidade. São exemplos: a presença de inúmeros policiais do lado de fora da residência, que é fator intimidante e anula a voluntariedade do consentimento; o comportamento coercitivo dos agentes públicos ao cercarem ou ficarem ao redor do suspeito; a atitude dos policiais ao buscarem o consentimento de tal como que um não como resposta não seria aceito; a prévia menção ou sugestão de existência de um mandado ou outro direito de realizar a busca; ou mesmo a ameaça policial de que a ausência de cooperação ou consentimento poderá acarretar consequências negativas ao suspeito (BRASIL, 2021, p. 49-50).

Assim, a aferição da validade do consentimento depende de elementos a demonstrar seja ele real e livre, despido de vícios como o erro, violência, coação ou intimidação.

Além da hipótese em que se verifica o prévio e livre consentimento do titular, é possível o ingresso no domicílio nos casos de flagrante delitivo, desastre, prestação de socorro ou, durante o dia, mediante ordem judicial.

“Dia”, para fins constitucionais, cuida-se do período diurno. Não há consenso quanto ao limite temporal.

José Celso de Melo Filho sustenta que o termo “noite” é entendido segundo o “critério físico-astrônomo, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo” (1986, p. 442). Consequentemente, dia é o período compreendido entre o nascer e o pôr do sol (no mesmo sentido, Maria Helena Diniz).

José Afonso da Silva entende que dia se estende das 06 às 18 horas (2005, p. 437).

Por sua vez, o Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal, prevê que os atos processuais serão realizados das 06 às 20 horas (artigo 212). Ao passo que a Lei de Abuso de Autoridade permite o

cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar das 05 às 21 horas (artigo 22, §1º, II).

Em que pese a divergência quanto ao espaço de tempo, é certo que, durante o período diurno, a entrada em domicílio é permitida nos casos de ordem judicial; flagrante delito; desastre ou prestação de socorro.

Por sua vez, no período noturno é permitida a entrada nos casos de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro, mas vedado o ingresso mediante determinação judicial.

Rememora-se que, em todo caso (dia e noite) é permitido o ingresso quando amparado no consentimento do morador.

“Determinação judicial” consiste na ordem de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário que permite a invasão do domicílio alheio. Trata-se de cláusula de reserva de jurisdição, que exclui a competência de qualquer outro órgão estatal para permitir o acesso à residência.

Nesse sentido, em voto proferido no MS nº 23.452-1/RJ, o Ministro Celso de Mello salientou que

[...] nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Esse comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República.

Assim, durante o dia (e apenas durante o dia) é permitido o ingresso no domicílio mediante determinação judicial. Trata-se da hipótese de busca e apreensão domiciliar, disciplinada nos artigos 240 e ss. do Código de Processo Penal, que possui como finalidade “encontrar elementos que efetivamente importem e sirvam ao esclarecimento da ‘causa provável’” (SILVA; MELO E SILVA; ROSA, 2022, p. 30).

Para tanto, há de estar demonstrada fundadas razões que a autorizem, é dizer, justo motivo que indique que a restrição ao direito fundamental é necessária para a persecução penal.

Assim, Cleunice Pitombo esclarece que deve a autoridade judicial

[...] 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 (2015, p. 130).

A busca domiciliar deve, pois, ser precedida de uma ordem judicial⁶⁰. Apenas nas hipóteses de consentimento livre e voluntário do morador e nos casos de flagrante delito posto (e não pressuposto) é que é possível sua realização sem autorização judicial.

Portanto, a busca domiciliar depende, em regra, da existência de um mandado judicial prévio, que deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa 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; mencionar o motivo e os fins da diligência; e ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir (incisos I, II e III do artigo 243 do CPP).

A inobservância ou ausência de atendimento dos requisitos legais torna ineficaz o ato. Daí ser inadmissível o mandado de busca coletivo (PITOMBO, 2005, p. 208).

Seja durante o dia, seja durante a noite, é permitida a entrada em domicílio, ainda que sem consentimento do morador ou determinação judicial, em caso de “desastre” ou para “prestar socorro”.

“Desastre”, segundo Maria Helena Diniz, tem o sentido de: “a) sinistro; b) acidente infausto; c) resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais e ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais” (2022, p. 178).

Consiste em acontecimento de caráter catastrófico, de grandes proporções, tais como inundação, desmoronamento, incêndio etc., que ameacem ou coloquem em risco em risco ou perigo a vida ou a saúde de alguém.

Por sua vez, a expressão “prestação de socorro” remete ao auxílio prestado àquele que está correndo sério risco e esteja impossibilitado, por meios próprios, de fazer um apelo (GROTTI, 1993, p. 113).

⁶⁰ Criticando a redação do artigo 241 do CPP, Gustavo Badaró sustenta que “a CR estabeleceu que a garantia da inviolabilidade domiciliar somente pode sofrer restrição mediante ordem judicial (art. 5º, CI), assim, salvo hipótese de flagrante delito, mesmo que a busca seja realizada pela autoridade policial, serão necessárias a determinação judicial e, consequentemente, a expedição do mandado de busca” (2023, p. 520).

Tanto a prestação de socorro como o desastre são conceitos jurídicos abertos, que permitem o ingresso em domicílio lastreado em situação de emergência e a qualquer momento (dia e noite).

Resta, por fim, a análise da última exceção constitucional a autorizar a entrada em domicílio sem autorização judicial, seja durante o dia ou à noite: o flagrante delito.

3.3.1 O flagrante delito

Flagrante vem do latim *flagrans*, *flagrantis*, do verbo *flagrare*, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente (RANGEL, 2023, p. 450).

Carnelutti explica que a noção de flagrância está intimamente relacionada a *“la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde”* (1947, p. 77).

A flagrância não é outra coisa senão a visibilidade do crime. É o delito patente, visível, irrecusável.

No sentido jurídico, é o crime no instante de seu cometimento, no momento em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal (RANGEL, 2023, p. 450).

A prisão em flagrante delito se dá quando o sujeito é surpreendido praticando o crime, o que pressupõe dois elementos: a atualidade e a visibilidade.

A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade, tem-se o flagrante delito (RANGEL, 2023, p. 450).

Sem embargo de entendimento em sentido contrário⁶¹, o ato de prisão em flagrante possui natureza jurídica precautelar, consistente em mera detenção

⁶¹ Walter Nunes da Silva Júnior sustenta que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de ato administrativo tão somente, não possuindo natureza jurisdicional, sendo inviável querer situá-la como medida processual acautelatória. Por sua vez, José Frederico Marques entende que a prisão em flagrante tem natureza de prisão penal cautelar administrativa, decretada pelo Delegado de Polícia.

precária. Como explica Banacloche Palao, citado por Aury Lopes Jr (2019, p. 719), o flagrante

[...] não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

Trata-se, pois, de uma medida precária, precautelada e instrumental, destinada a colocar o detido à disposição do juiz (para que adote uma verdadeira medida cautelar), a evitar a fuga do infrator, a auxiliar na colheita de elementos informativos, a impedir a consumação do crime, se possível, e a preservar a integridade física do preso, quando necessário (LIMA, 2016, p. 1239-1240).

Na esteira do disposto no artigo 302 do CPP, a doutrina divide o flagrante em espécies.

Flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro se dá quando o agente é surpreendido cometendo o crime ou quando acaba de cometê-lo (CPP, art. 302, incisos I e II).

No primeiro caso, o sujeito está praticando o verbo nuclear do tipo; é surpreendido durante o *iter criminis*. O uso do tempo verbal gerúndio (“cometendo”) indica a ação contínua, em andamento e não finalizada. É por isso que, nessa situação, o flagrante poderá evitar até mesmo a consumação do crime.

No segundo caso, o agente é flagrado quando acabou de cometer o crime, ou seja, cessou a prática do verbo nuclear. O crime, contudo, ainda está queimando, pois o sujeito finalizou recentemente a prática da conduta descrita no tipo penal. É esse o sentido que a expressão “acaba de cometê-la” deve ter: de absoluta imediatividade, ou seja, “o agente é encontrado imediatamente após cometer a infração penal, sem que tenha conseguido se afastar da vítima e do lugar do delito” (LIMA, 2016, p. 1.247).

Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase-flagrante ocorre quando o sujeito é perseguido logo após cometer a infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito (CPP, art. 302, inciso III).

A perseguição indica uma continuidade, em que o perseguidor esteja no encalço do suspeito. O requisito temporal “logo após” acresce que essa perseguição é imediata, em lapso exíguo.

Renato Brasileiro de Lima explica que a expressão compreende o “lapso temporal que permeia [...] o acionamento da autoridade policial, seu comparecimento ao local e colheita de elementos necessários para que dê início à perseguição do autor” (2016, p. 1.248).

O flagrante impróprio ainda exige o elemento circunstancial consistente “em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito”. Aury Lopes Jr sustenta a inconstitucionalidade da disposição à luz da presunção de inocência, uma vez que não se pode presumir a autoria, senão que ela deve ser demonstrada e provada (2019, p. 724).

Por sua vez, o inciso IV do artigo 302 do CPP traz a hipótese de flagrante presumido, ficto ou assimilado, ou seja, quando o agente é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Não se exige perseguição, como na situação anterior, mas sim que o agente seja encontrado (nexo de causalidade) com coisas que indiquem a prática delitativa. A expressão “logo depois” é compreendida com maior elasticidade que “logo após”, significando um maior intervalo de tempo entre o crime e o encontro com o agente.

Paulo Rangel sistematiza as hipóteses, assentando que flagrante, na acepção técnica do termo, só existe no caso do inciso I: quando a chama do crime está acesa, queimando, incandescente. As demais situações são ficções jurídicas (2023, p. 457).

A diferença que deve ser, desde já, percebida pelo intérprete é que, no caso do inciso I do art. 302, o delito (crime ou contravenção) é atual, presente, é visível, ou seja, está sendo praticado. A chama está acesa, queimando. Entretanto, nas outras três hipóteses (incisos II, III e IV) o delito é passado, já ocorreu, não é mais visível, não havendo mais a certeza visual do crime. Portanto, percebe-se que a chama, no inciso II, começou a se apagar, até chegarmos às cinzas no inciso IV. Nesta última hipótese, há apenas a fumaça deixada pelo atuar do autor do fato, que, ligada à situação fática, faz presumir ser ele o autor da infração (RANGEL, 2023, p. 457).

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não é qualquer hipótese de flagrante delito que autoriza o ingresso forçado em domicílio na forma do artigo 5º, XI, da CRFB.

Com efeito, segundo a Corte da Cidadania, a entrada em domicílio sem autorização judicial só é permitida quando o estado flagrancial evidenciar uma

situação de urgência, ou seja, grave risco de ameaça ou de lesão a direito tutelado pela norma.

É o que se extrai da ementa do julgamento do HC n. 598.054-SP:

2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

Conforme ressalta o Min. Rogério Schietti, a Suprema Corte Norte-Americana também entende que as circunstâncias autorizadoras do ingresso no domicílio envolvem urgência. É dizer, incluem a necessidade de “assist persons who are seriously injured or threatened with such injury” (ajudar pessoas gravemente feridas ou ameaçadas de sofrer tal lesão), ou a necessidade de intervir “para prevenir a destruição de provas”, ou no curso de perseguição a um criminoso perigoso em fuga (“dangerous fleeing felon”) e não seja possível, cercando a casa, aguardar o mandado para nela ingressar (BRASIL, 2021, p 42).

Nesse mesmo sentido, Roberto Delmanto assevera que

[...] a exceção constitucional à inviolabilidade domiciliar, inclusive em horário noturno e sem determinação judicial, nos casos de flagrante delito, que é disposta ao lado das hipóteses de desastre ou prestação de socorro (art. 5o, XI, 1a parte), há que ser interpretada sistematicamente, restando patente a intenção do legislador em exigir a configuração de uma verdadeira emergência para que se admita a violação domiciliar, sem determinação judicial, seja ela noturna ou mesmo diurna (2019, p. 158).

De acordo com esse entendimento, flagrante não equivale, necessariamente, à urgência. E apenas nas hipóteses em que há flagrante e simultaneamente urgência, como um cárcere privado em andamento, é que o constituinte autoriza a entrada em domicílio sem autorização judicial.

Gisela Wanderley conclui que

[...] a situação de flagrante delito não necessariamente configura uma hipótese de urgência, a qual justificaria o excepcional ingresso na residência a qualquer tempo e sem controle prévio de legalidade. Com efeito, especialmente em virtude da proliferação de tipos penais de perigo abstrato na legislação, diversas situações de flagrante delito não implicam perigo nem mesmo potencial a bem jurídico. Assim, é crucial notar que há crimes cuja situação de flagrância implica situação de urgência e crimes cuja situação de flagrância não implica situação de urgência (2017, p. 147).

Dessa maneira, o flagrante delito que autoriza o ingresso forçado em domicílio, segundo essa corrente, é essencialmente o flagrante próprio (artigo 302, I e II, do CPP): quando o agente está cometendo o crime ou acaba de cometê-lo. É nesta situação em que se vislumbra, a princípio, a urgência apta a atrair a exceção à inviolabilidade domiciliar.

As demais hipóteses (flagrante impróprio – inciso III – e presumido – inciso IV) relevam equiparações legais de situações em que o crime não está sendo cometido, tampouco acabou de sê-lo, mas, para fins processuais, é considerado em flagrante. O que não permite a automática incidência da exceção constitucional para fins de inviolabilidade domiciliar diante da ausência de urgência, via de regra.

Guilherme de Souza Nucci comunga do mesmo entendimento ao tratar sobre a inviolabilidade do domicílio e flagrante delito:

Estabelece o art. 5.º, XI, da Constituição Federal, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Assim, havendo a situação de flagrância, pode qualquer um invadir o domicílio, de dia ou de noite, para efetuar uma prisão. [...]

Cuida-se, no entanto, da hipótese do denominado flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP) e não do chamado flagrante impróprio (inciso III) ou presumido (inciso IV). No tópico próprio, faremos a diferença entre essas modalidades de flagrante.

Desde logo, vale registrar que a proteção ao domicílio, sendo garantia constitucional, não merece ser alargada indevidamente. Muito fácil seria a invasão de um domicílio pela polícia, a pretexto de que iria verificar se o procurado, que lá se encontraria, não estaria com a arma do crime, situação que faria presumir ser ele o autor do delito (inciso IV do art. 302). Aliás, ressalve-se que o flagrante verdadeiro (próprio), uma vez ocorrendo, possibilita, ainda, que a vítima seja socorrida, o que se adapta, com perfeição à autorização constitucional para ingressar no domicílio, durante a noite (“para prestar socorro”) (2022, p. 354).

Tampouco a hipótese de flagrante de crime permanente (artigo 303 do CPP) autoriza, por si só, o ingresso forçado em domicílio quando ausente urgência.

Crime permanente é aquele cujo momento consumativo se protraí no tempo. Roxin explica que “são aqueles em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitativa do autor por tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo” (1997, p. 329).

Por opção legislativa, o sujeito encontra-se em situação flagrancial enquanto não cessada a permanência. É dizer, assim como a consumação do crime se estende no tempo, também a situação flagrancial o faz.

Não obstante, nem por isso haverá situação de urgência a autorizar o ingresso forçado em domicílio na linha do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, ainda que presentes “fundadas razões, não é todo crime permanente que abre a possibilidade de se invadir a casa das pessoas à noite, sem mandado, mas somente situações de urgência para proteger a vida ou a integridade física de uma pessoa” (DELMANTO, 2019, p. 159).

Averba-se, contudo, que a corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à urgência não é unânime.

O Supremo Tribunal Federal não faz a distinção em análise. É dizer, segundo a Corte Suprema, o flagrante delito que autoriza o ingresso forçado em domicílio é aquele tratado nos artigos 302 e 303 do Código de Processo Penal (próprio, impróprio e presumido, além de crime permanente). O requisito da urgência é dispensado (ou melhor, presumido), bastando que seja demonstrada a presença de justa causa *a priori*, na forma do Tema 280⁶².

Diz-se que a urgência é, em verdade, presumida pela própria Constituição Federal ao permitir o ingresso forçado em domicílio em qualquer tipo de crime – e não apenas naqueles que envolve violência ou grave ameaça à pessoa, o que levaria a crer pela urgência.

Foi esse o posicionamento expresso do Min. Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO:

Da mesma forma, a cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. **Talvez porque, nessas hipóteses, presume-se urgência no ingresso na casa. Essa urgência é presumida independentemente de o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa** (sem destaque no original) (BRASIL, 2015, p. 22).

⁶² Por todos: “Nos crimes de natureza permanente – tráfico de entorpecentes, na espécie –, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado desde que a medida esteja amparada em fundadas razões (Tema n. 280/RG)”. (BRASIL, 2022, p. 1)

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não exige a presença da urgência a legitimar a entrada em domicílio nos casos de flagrante delito. Ao revés. Perquire tão somente quanto à existência da justa causa.

De igual modo, a doutrina, em sua maioria, entende que, evidenciado o estado flagrancial (qualquer que seja ele e com ou sem urgência), é legítimo o ingresso em domicílio sem autorização judicial e em qualquer horário.

Nessa linha, Renato Brasileiro de Lima averba que

A nosso ver, se a Constituição Federal estabelece que é possível o ingresso em domicílio nas hipóteses de flagrante delito, deve se extrair do estatuto processual penal o conceito de flagrância (CPP, art. 302, I, II, III e IV). Ora, se interpretarmos que a fuga para residência seria inviabilizadora da prisão em flagrante, estar-se-ia criando uma hipótese de imunidade ao criminoso: bastaria, ao notar que está sendo perseguido, adentrar em uma residência para se eximir de sua prisão (2016, p. 1.183).

Aury Lopes Jr. complementa a respeito do crime permanente:

É importante recordar que o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, com a própria busca domiciliar, anteriormente tratada. Isso porque, como já explicamos, enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar etc.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição) (2019, p. 728).

A hipótese de flagrante de crime permanente é, com efeito, a que gera maior discussão, uma vez que a grande maioria dos casos envolvendo entrada forçada em domicílio se dá diante da suposta prática do crime de tráfico de drogas⁶³. O imbróglio, portanto, passa a assumir outros contornos, tais como a possibilidade de ação controlada (o que evidenciaria a ausência de estado emergencial) e a seletividade geográfica, social e racial das operações policiais que, em regra, valem-se do suposto estado flagrancial (exceção) para se esquivarem do controle judicial prévio (regra).

Em suma, conclui-se que a inviolabilidade do domicílio é a regra. Excepcionalmente, diante de “fundadas razões”, pode o Estado-Juiz decretar a realização de busca e apreensão, que deve ser operacionalizada durante o dia. E, de forma ainda mais excepcional, o agente estatal no exercício do poder de polícia, a qualquer momento, poderá ingressar no domicílio alheio se se deparar

⁶³ A conclusão decorre da análise dos dados estampados nas Tabelas 1 e 2 deste trabalho e apresentados do capítulo 02.

com elementos concretos e aferíveis previamente à entrada que indiquem a prática de flagrante delito.

É dizer, a legalidade da entrada no domicílio sem mandado judicial necessita de fundadas razões que indiquem situação prévia de flagrante delito, à luz do Tema 280 do Supremo Tribunal Federal.

É preciso, pois, a demonstração da *probable cause* que justifica a entrada forçada em domicílio. Exige-se, assim, a presença de fundamentos razoáveis da existência de um crime para justificar o ingresso desautorizado na residência.

Sem justificação constitucionalmente adequada, a intervenção estatal é vista como ingerência arbitrária, abusiva e ilegal. Hipótese, portanto, de violação ao direito fundamental. E é nessa última categoria (de violação e não de restrição) que se insere a entrada em domicílio forçada quando ausente causa provável a indicar a existência de flagrante delito.

4 ANÁLISE CRÍTICA DO *STANDARD* PROBATÓRIO PARA A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO

A inviolabilidade domiciliar, enquanto direito fundamental que é, resguarda o indivíduo contra ingerências arbitrárias (públicas e privadas) no recinto que o constituinte nomina de asilo inviolável. Protege, portanto, a intimidade, a vida privada e a segurança de todo o núcleo familiar que ali reside.

Cede espaço, contudo, diante de evidências de prática delitiva. Afinal, direito fundamental algum possui caráter absoluto, estando sujeito a cedência recíproca no confronto com outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

É o que se dá na hipótese de flagrante delito, a teor da redação do artigo 5º, XI, da CRFB.

Conferindo interpretação restritiva à exceção constitucional que limita o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, o Supremo Tribunal Federal passou a exigir a demonstração de um modelo probatório próprio (extraído do artigo 240, §1º do CPP) a legitimar a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial. Trata-se das fundadas razões ou *probable cause* ou, ainda, causa provável que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

A *probable cause* tem sua origem na Quarta Emenda à Constituição dos EUA que garante a proteção do indivíduo contra buscas, detenções e apreensões arbitrárias. Consiste na presença de elementos objetivos, concretos e individualizados (e não mera intuição ou tirocínio policial) que levem a crer que, naquele local, um crime esteja em andamento.

Amparada, pois, em fundadas razões que indiquem que no interior do domicílio ocorre situação de flagrante delito, a entrada forçada será lícita.

Indaga-se, contudo, no que consiste, concretamente, esse modelo probatório? Qual o grau ou nível probatório que se exige para que esteja comprovado? Quanto de prova se exige para a hipótese seja considerada provada?

A resposta a essas indagações pressupõe, na linha do objetivo geral proposto por este trabalho, a análise do *standard* probatório segundo o entendimento dos Tribunais Superiores.

É, pois, a partir deste filtro (entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) que a *probable cause* será criticamente analisada, à luz da teoria dos *standards* probatórios.

4.1 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: O LIMITE COGNITIVO E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E A URGÊNCIA

Previamente à análise crítica da *probable cause*, é preciso esclarecer que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apresentam divergências de posicionamentos no que se refere ao limite cognitivo do julgamento e à configuração do flagrante delito.

A primeira divergência, que envolve o limite cognitivo do julgamento, possui como pano de fundo a função das Cortes.

Os Tribunais Superiores brasileiros atuam como Cortes de Revisão, uma vez que não se limitam a cassar uma decisão que viole a ordem jurídica, mas também promovem o efetivo julgamento da causa. É dizer, em um primeiro momento analisam a regularidade da decisão judicial à luz da Constituição Federal e da legislação federal proferindo juízo de cassação, para, em um segundo momento, caso a decisão esteja incorreta, aplicarem o direito à espécie, em juízo de revisão⁶⁴.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (2018, p. 413) asseveram que:

A atividade desenvolvida pelo STJ e pelo STF ao julgar um recurso especial e o recurso extraordinário, respectivamente, é a de admitir os recursos; flagrar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade (qualificada pela repercussão geral); e corrigi-la. Ou seja [...], não se trata de Cortes de Cassação.

A essa função de tutela da ordem jurídica objetiva dá-se o nome de nomofilática, que se liga à função uniformizadora, consistente na atribuição de padronização da interpretação jurisprudencial.

Assim, o papel dos Tribunais de cúpula transcende o ambiente das partes, projetando a autoridade da decisão nos demais segmentos da atividade jurídica e para toda a sociedade (ALVIM, 1999, p. 38).

⁶⁴ Esse é o posicionamento adotado no verbete sumular 456 do STF, *in verbis*: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”

É por isso que Marinoni, Arenhart e Mitidiero concluem que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atuam como “verdadeiras Cortes Supremas, isto é, como cortes de interpretação e de precedentes – e não mais como simples cortes de controle e de jurisprudência” (2020, p. 670).

A função de uniformização, portanto, oferece suporte capaz de diminuir a insegurança jurídica e a indeterminação do direito por meio de uma adequada interpretação.

[...] as Cortes Supremas são cortes de interpretação e de precedentes, cuja missão está não apenas na guarda da Constituição e do direito federal, mas na sua efetiva reconstrução interpretativa, decidindo-se quais os significados devem prevalecer a respeito das dúvidas interpretativas suscitadas pela prática forense, e na sua vocação de guia interpretativo para todos os envolvidos na administração da Justiça Civil e para a sociedade como um todo (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2020, p. 671).

É à luz da função de uniformização que é lugar comum a afirmação que Tribunais Superiores não conhecem de fatos para o julgamento, mas apenas de questões jurídicas.

A afirmação é tecnicamente incorreta, vez que o artigo 1.029 do Código de Processo Civil, que trata do recurso extraordinário e especial, exige a exposição “do fato e do direito” (inciso I). Do contrário, o recurso sequer poderá ser conhecido.

Há, contudo, um limite cognitivo, que reside na impossibilidade de rediscutir a existência ou inexistência dos fatos (Súmula 279 do STF, e Súmula 7 do STJ). É dizer: compete ao recorrente o ônus de expor suas razões partindo da premissa fática estabelecida pela decisão recorrida. É a partir do contexto fático assentado no ato impugnado que se dará a valoração pela Corte Superior. É daí que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem considerar existente fato considerado inexistente na decisão recorrida (e vice e versa).

O mesmo raciocínio se aplica na via do *habeas corpus*, que consiste em ação constitucional voltada a cessar a violência ou ameaça à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de ação de cognição sumária, que não permite dilação probatória. Ou seja, incumbe ao impetrante o ônus de demonstrar as razões do constrangimento ilegal ou sua iminência por meio de prova pré-constituída.

Na verdade, nos mesmos moldes que o mandado de segurança, o conhecimento do remédio heroico demanda a existência de direito líquido e

certo, ou seja, um constrangimento ilegal à liberdade de locomoção que seja certo quanto à existência, delimitado quanto à extensão e comprovável de plano, porquanto não se admite qualquer dilação probatória no julgamento do writ, pelo menos em regra. (LIMA, 2018, p. 2513).

A impossibilidade de dilação probatória não se confunde, contudo, com a proibição de análise do suporte probatório (e fático). Assim como se dá na via do recurso especial e extraordinário, a vedação se refere à produção de provas no curso da ação constitucional. Difere, portanto, do cotejo dos elementos colhidos e assentados na decisão objeto de irrisignação.

A valoração jurídica do fato distingue-se da sua aferição. Assentada a descrição fática, pode (e deve) o Tribunal lhe atribuir a valoração jurídica que melhor entenda.

Portanto, o limite cognitivo do julgamento (seja na via recursal extraordinária, seja por meio de *habeas corpus* ou mesmo na revisão criminal) passa pela aplicação da norma jurídica ao fato reconhecido na instância ordinária.

Ao julgar o processo, aplicando o direito, os tribunais superiores não revolvem os fatos e as provas produzidas, tal como poderia suceder, por exemplo, no julgamento de apelação. Com efeito, **os fatos serão reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida.**

Nesse caso, o tribunal superior não analisará os fatos com o intuito de conferir se eles ocorreram ou não do modo estabelecido pelo juízo a quo, mas apenas para deles extrair as respectivas consequências jurídicas (MEDINA, 2017, p. 343) - sem destaque no original.

A conclusão é importante, uma vez que, da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores no ano de 2022 (vide capítulo 2), constatou-se significativa divergência nesse ponto.

O Superior Tribunal de Justiça parece ter postura de maior abertura para valoração do contexto fático. Com efeito, do campo amostral colhido de 169 acórdãos, em todos houve análise do contexto fático-probatório assentado no corpo do acórdão.

Em 73% dos casos, a Corte da Cidadania alterou o entendimento fixado pela instância ordinária à luz das premissas fáticas fixadas.

A título exemplificativo, colhe-se de trecho do acórdão proferido no AgRg no AgRg no AREsp n. 2.105.826/GO, relato pelo Min. Antonio Saldanha Palheiro:

No caso em exame, verifica-se violação do art. 157 do Código de Processo Penal, observado que o ingresso forçado na casa onde foram apreendidas as drogas não se sustenta em fundadas razões extraídas da leitura dos

documentos dos autos. Isso, porque a **diligência apoiou-se em meras denúncias anônimas e no comportamento suspeito do acusado**, circunstâncias que não justificam, por si sós, a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial. Assim sendo, o contexto fático narrado não corrobora a conclusão inarredável de que na residência praticava-se o crime de tráfico de drogas (sem destaque no original).

De igual modo no AgRg no HC n. 758.948/RS, relatado pelo Min. Rogerio Schiatti Cruz:

Depreende-se dos excertos acima que **a entrada na residência do réu foi considerada válida com base em três fundamentos: a) a existência de denúncia anônima com o relato de que o réu traficava; b) a apreensão de drogas com ele em um bar e c) a suposta autorização dada pelo réu para ingresso no imóvel.**

Não houve, entretanto, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local, a afastar a hipótese de que se tratava de averiguação de informações robustas e atuais acerca da existência de drogas naquele local. Da mesma forma, não se fez menção a nenhuma atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Destaco, ainda, que, ao que tudo indica, não foi realizada nenhuma diligência prévia para apurar a veracidade e a plausibilidade da denúncia (anônima) recebida pela Polícia.

[...]

Ademais, o fato de haverem sido apreendidas drogas com o acusado em um bar não configura fundadas razões sobre a existência de drogas no interior da sua residência (sem destaque o original).

Posicionamento distinto se vislumbrou no Supremo Tribunal Federal.

Do universo de 206 decisões analisadas, em apenas 04 delas houve alteração do entendimento fixado pela instância inferior. É dizer, em 98% dos casos a decisão impugnada foi mantida sob o fundamento que, para rever a conclusão adotada pelas instâncias antecedentes e afastar as premissas fixadas, seria necessário o reexame de fatos e provas.

A título exemplificativo, colhe-se da decisão proferida no RE 1346806/RN, relatado pelo Min. Nunes Marques:

Nesse contexto, para acolher a tese defensiva – existência de justa causa apta a autorizar a violação de domicílio –, seria indispensável o reexame de todo o conjunto fático-probatório que levou o acórdão recorrido a concluir que não haveriam fundadas razões de flagrante delito. Incide, pois, o óbice do Enunciado n. 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que possui a seguinte dicção: [...]

Na mesma linha se vislumbra no HC 212635/SP, relatado pela Min. Carmen Lúcia:

O crime de tráfico é permanente. A busca domiciliar no imóvel não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República. Na espécie vertente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que, “antes mesmo de ingressarem no domicílio do paciente, os agentes estatais puderam angariar elementos suficientes o bastante, externalizados em atos

concretos (em especial, o fato de o réu haver arremessado drogas ao ver a viatura policial), que fizeram surgir a desconfiança de que, naquele lugar, estaria havendo a possível prática do delito de tráfico de drogas, tudo a demonstrar que estava presente justa causa a autorizar a diligência” (fl. 7, e-doc. 74).

Para rever a conclusão das instâncias antecedentes, seria necessário reexaminar os fatos e as provas dos autos, para afastar as premissas fixadas nas instâncias antecedentes sobre as peculiaridades da prisão em flagrante do paciente e do ingresso dos policiais, ao que não se presta o habeas corpus.

Parece-nos que, nesse ponto, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça melhor se compatibiliza com o sistema de revisão adotado pelo ordenamento jurídico.

O reexame de provas não é viável no juízo de cassação recursal. Ocorre que no juízo de revisão sim, desde que dentro dos limites em que fixado pela decisão objurgada: “apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais” (NERY JR, 2014, p. 423). O mesmo raciocínio se aplica ao *habeas corpus*, à revisão criminal ou à reclamação constitucional.

Nessa linha, a partir do momento em que a instância ordinária fixa as premissas do caso concreto, o Tribunal Superior, aplicando na norma jurídica, deve conferir uniformização à interpretação. Esse mecanismo permite maior segurança jurídica e tratamento equânime a todo cidadão no território nacional⁶⁵.

No geral, é essa a técnica de decisão que se vislumbra no Superior Tribunal de Justiça: as premissas fático-probatórias do acórdão impugnado são expostas e, a partir daí, analisa-se sua compatibilidade com a ordem jurídica.

Especificamente no que toca ao requisito das fundadas razões (rememore-se o tema 280 do STF⁶⁶), o Superior Tribunal de Justiça realiza o cotejo dos fatos e provas transcritos no acórdão para então concluir pela presença, ou ausência, de justa causa.

Percebe-se, assim, que é possível extrair das decisões da Corte da Cidadania uma premissa fática concreta para a entrada em domicílio em situação

⁶⁵ Não por outra razão que o Código de Processo Civil prevê que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” – artigo 926.

⁶⁶ 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.

de flagrante delito – o que será analisado abaixo. O que, contudo, não se dá perante o Supremo Tribunal Federal.

A vedação de análise do conjunto fático-probatório, na forma em que entende a Corte Suprema⁶⁷ (e que discordamos), dificulta até mesmo a identificação do que se considera fundadas razões.

E isso porque a técnica de decisão consiste, na maioria das vezes, na simples reprodução da decisão impugnada e sua manutenção pelas próprias razões, sem aventar se as circunstâncias fáticas concretas (e apresentadas na decisão combatida) são suficientes para efetivamente concretizarem a justa causa.

Frisa-se que o raciocínio parte da interpretação (equivocada, no nosso entender) da premissa que impede o exame de fatos e provas perante a Corte Suprema.

A bem verdade, a ausência de valoração fático-probatória se soma à ausência de observância do dever analítico de fundamentação (artigo 489, §1º do CPC), uma vez que a fundamentação *per relationem* não permite concluir - ao menos não de forma expressa - no que consiste a justa causa. Ao revés, o Supremo entende que essa análise (quanto à presença ou ausência de fundadas razões) demandaria a revisão das premissas fixadas pela instância ordinária.

Discordamos, portanto, da interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere ao exame de fatos e provas e, conseqüentemente, da ausência de fixação, em concreto e de forma expressa, de um modelo probatório que justifique a restrição do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar.

A segunda divergência posicionamentos entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apontada no início deste tópico se dá em relação ao requisito da urgência para configuração do flagrante delito.

⁶⁷ Não passa despercebido que, aparentemente, em precedentes mais recentes o Supremo Tribunal Federal vem revendo essa técnica de decisão. É o que se denota, a título exemplificativo, da decisão proferida no HC 196.935, julgado em 25.04.2023, cujo voto divergente do Min. Gilmar Mendes foi vencedor, bem como do julgamento do Ag. Reg. no HC 175.038, em 11.04.2023, relato pelo Min. Edson Fachin. Em ambos, houve análise do contexto fático-probatório assentado no acórdão impugnado para, inclusive, decretar a nulidade da busca e apreensão domiciliar realizada sem justa causa. Não obstante, no lapso temporal objeto de estudo deste trabalho (ano de 2022), não se localizou decisões em que houve efetiva (re)valoração do contexto probatório fixado na decisão impugnada.

Conforme averbado no capítulo 3 deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça inseriu o filtro da urgência na análise do flagrante delito que justifica a entrada em domicílio sem autorização judicial.

Assim, segundo a Corte da Cidadania, não é qualquer hipótese de flagrante delito que autoriza a entrada no domicílio. Mas tão somente aqueles casos que traduzam verdadeira urgência que demande ação imediata.

Daí porque, em crimes permanentes, a regra do artigo 303 do CPP não é suficiente, por si só, para autorizar a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito.

A uma porque, se o legislador infraconstitucional pudesse dar ao vocábulo “flagrante” qualquer sentido que lhe parecesse adequado, estaria relativizando abstratamente, e não em um dado caso concreto, a proteção conferida pela Constituição. O que não parece ir ao encontro do mandamento de otimização constitucional que protege a inviolabilidade domiciliar.

A duas porque o flagrante delito se trata de norma restritiva ao direito constitucional de inviolabilidade domiciliar, de modo que deve ser interpretado restritivamente. Em outras palavras, não há de se estender o alcance da exceção, salvo se *in bonam partem*.

A três porque, ainda que se trate de crimes permanentes, é preciso analisar se há perigo de demora ou risco ao resultado útil da busca. Com efeito, é possível vislumbrar urgência em um crime permanente a atrair a entrada em domicílio sem autorização judicial como, por exemplo, diante de uma lesão corporal em andamento ou de uma iminente venda de carregamento de drogas. Em tais situações, não há tempo hábil para se aguardar a autorização judicial, sob pena de perecimento do direito.

Há, contudo, outras tantas situações (em especial, envolvendo o crime de tráfico de drogas) em que é possível solicitar um mandado judicial para operacionalizar a busca nos estritos limites do artigo 240 do CPP.

A conclusão se dá, inclusive, em razão da redação do texto constitucional, que elenca as três hipóteses (flagrante delito, desastre e socorro) sucessivamente. Trata-se de adotar o método interpretativo científico-espiritual, de Rudolf Smend, que parte da premissa que a Constituição deve ser interpretada como um todo coeso e simétrico.

A título ilustrativo, colhe-se da ementa do AgRg no RHC n. 162.394/DF, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS (395,17 G DE MACONHA E 229,26 G DE COCAÍNA). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO PARA O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO PARA INVALIDAR, POR ILEGAL, A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA RECORRENTE EM PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. A Sexta Turma deste Tribunal Superior tem entendimento de que o ingresso regular em domicílio alheio é possível apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata (HC n. 598.051/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2021).

[...]

O Supremo Tribunal Federal não adota o mesmo posicionamento.

Segundo a Corte Suprema qualquer hipótese de flagrante delito permite o ingresso em domicílio sem autorização judicial. É dizer, não há distinção entre flagrante com urgência e sem urgência.

A bem verdade, o Supremo Tribunal Federal entende que a urgência é presumida pela Constituição Federal ao permitir o ingresso em domicílio em qualquer espécie do crime ou flagrante.

É o que se extrai de trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 603.616/RO, que serviu de *leading case* para a fixação do Tema 280:

Da mesma forma, a cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. **Talvez porque, nessas hipóteses, presume-se urgência no ingresso na casa.**

Essa urgência é presumida independentemente de o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa (sem destaque no original).

No mesmo sentido se verifica no HC 174.977/SP, julgado em 29/08/2019, ocasião em que o ministro Gilmar Mendes assentou que

[...] em caso de flagrante delito, a autoridade pode forçar a entrada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo no período noturno. O **flagrante pode ser relativo a crime permanente**, ainda que praticado sem violência ou grave ameaça, **sendo desnecessária a demonstração de urgência na medida** (sem destaque no original).

Em precedente mais recente, a Corte Suprema assentou no julgamento do RHC 213142 AgR, em 09.01.2023, relatado pelo ministro André Mendonça, que “a urgência é ínsita ao estado flagrancial, situação que autoriza a invasão domiciliar, em qualquer horário e sem autorização judicial — CFRB, art. 5º, inc. XI”.

Neste ponto, parece-nos mais acertado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal, ao garantir a inviolabilidade do domicílio e excepcionar a hipótese de flagrante delito não faz qualquer menção à urgência.

E, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, poderia o constituinte, se assim desejasse, incluir o requisito da urgência. Como, aliás, fê-lo em diversas outras passagens constitucionais, tais como na previsão da medida provisória⁶⁸, do empréstimo compulsório⁶⁹, da abertura de crédito extraordinário⁷⁰, na convocação extraordinária do Congresso Nacional⁷¹ etc. E onde o constituinte não fez distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo.

De igual forma, refuta-se o argumento que a posição topológica do flagrante delito, seguido de desastre e prestação de socorro, indicam a necessidade de conferir interpretação sistemática para exigência de urgência em todas as situações.

O argumento é falho em sua própria premissa: se é a posição topológica que atrairia o requisito comum da urgência a todas as situações, então de igual modo só se permitiria a entrada em domicílio na hipótese de autorização judicial se também presente a urgência.

⁶⁸ CF - Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁶⁹ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
[...]

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

⁷⁰ CF – Art. 167 [...] § 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

⁷¹ CF - Art. 57. Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

[...]

§ 6º A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

[...]

II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Veja-se que a redação do inciso XI do artigo 5º da Constituição de República não faz distinção gramatical em nenhuma das situações (e poderia fazê-lo valendo-se do recurso do ponto-e-vírgula entre as três primeiras hipóteses e a última). Ao revés, apresenta todas as situações com igual redação: “[...] salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. E, mais uma vez, onde o constituinte não faz distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo.

É nessa linha, inclusive, que nos parece que deve o Poder Judiciário adotar posição de autocontenção frente à decisão política dos demais Poderes da República. Quer-se dizer que, se houve opção legislativa infraconstitucional de disciplinar o tema do flagrante delito e estabelecer suas hipóteses e contornos legais (artigos 302 e 303 do CPP), compete ao Judiciário aplicar a lei, nos exatos limites da prescrição legal. É a isso que se nomina, essencialmente, de garantismo penal: a observância ao princípio da legalidade.

Veja-se que não se está diante de mandamento constitucional não disciplinado pela legislação ou mesmo cuja disciplina é falha ou insuficiente. Ao contrário. O legislador infraconstitucional tratou-se sobre o tema e, por opção, estendeu o conceito flagrancial para situações com maior elasticidade (flagrante impróprio e presumido e crime permanente).

Trata-se, por força do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, de opção legislativa legítima, porque atendidos os critérios formais e materiais de produção legal. Aliás, acaso se vislumbrasse qualquer mácula aos preceitos apresentados pelos artigos 302 e 303 do CPP, o caminho seria a declaração de inconstitucionalidade da norma (o que pode se dar perante o Superior Tribunal de Justiça pela via difusa). Mas não o simples afastamento de norma vigente, válida e eficaz ou mesmo a inserção de requisitos não previstos na lei (referimo-nos à urgência).

Discussões jurídicas em torno da legitimidade das espécies flagranciais, em que pese de todo legítimas e necessárias para o avanço da dogmática jurídica (e, por que não, para embasar futuras alterações legislativas), estão fora do campo de critérios que deve nortear uma decisão judicial, sobretudo na seara criminal, em que o princípio da legalidade é viga-mestre do sistema.

A postura adotada pela Corte da Cidadania, ao exigir um requisito não previsto em lei (a urgência) a legitimar a entrada em domicílio na hipótese de flagrante delito, parece-nos incidir em ativismo judicial.

Conforme ensina o Luís Roberto Barroso (2012, p. 17), o ativismo é uma postura. Uma atitude. Um modo proativo de interpretar a Constituição e as leis, expandindo seu sentido e alcance.

Lênio Streck (2015, p. 56) averba que se trata de um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*), pelo qual as decisões judiciais se submetem a um critério de desejo e de vontade daquele que julga. Segundo Garapon (1998):

[...] o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. [...] revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juizes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência (p. 54).

É o que se vislumbra na exigência do requisito da urgência nas hipóteses de entrada forçada em domicílio em flagrante delito: o exame judicial passa pelo *desejo* de transformar a realidade social e proteger segmentos das camadas sociais historicamente excluídos. A intenção é de todo legítima, o fim perseguido é louvável; mas o meio empregado para tanto extrapola a competência do Poder Judiciário.

Por fim e não menos importante, rememore-se que a discussão em torno do requisito da urgência tem como premissa dispositivo constitucional (artigo 5º, XI, do CRFB/88). E é ao Supremo Tribunal Federal a quem compete a atribuição precípua de intérprete da Constituição (artigo 102 da CRFB/88), tendo-o feito através do tema 280 de Repercussão Geral. Assim é que, acaso fosse necessário a inserção de algum filtro, esta tarefa caberia à Corte Suprema.

É por isso que, na esteira do Supremo Tribunal Federal, entendemos ser incompatível com a ordem constitucional e legal a exigência do requisito da urgência para caracterização da hipótese de flagrante delito a permitir a entrada em domicílio sem autorização judicial.

O que se exige, sim, é a demonstração de justa causa, à luz do artigo 240, §1º do CPP e do Tema 280, que justifique a atuação policial, sob pena de responsabilização cível, administrativa e penal.

É este filtro (fundadas razões) que passaremos a analisar criticamente, na esteira do entendimento dos Tribunais Superiores.

4.2 A PROBABLE CAUSE PARA A ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que os fatos estão na base da relação processual e, como eventos empíricos que são, precisam ser comprovados pelas partes. Assim, são as provas dos fatos que norteiam a conduta dos sujeitos processuais e a tomada de decisão no processo judicial.

Nessa linha, uma hipótese fática para ser considerada provada deve estar sujeita à verificabilidade e à refutabilidade de acordo com um critério objetivo que permita aferir a correção da decisão judicial. Portanto, deve-se dispor de um modelo que diga sob quais condições e em que medida os elementos de juízo são suficientes para que uma proposição seja tomada como verdadeira no processo decisório. Aí residem os *standards* probatórios, que consistem em critérios ou níveis que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que um enunciado fático seja considerado provado.

No curso deste trabalho, demonstrou-se também que o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar encontra espaço para restrições, dentre elas, a hipótese de flagrante delito. Mas, para tanto, há de ser demonstrada previamente à entrada domiciliar a presença de fundadas razões que indiquem que naquele local um crime esteja em andamento.

É, pois, chegado o momento de investigar qual o *standard* probatório necessário para entrada em domicílio, sem autorização judicial, na hipótese de flagrante delito de crime permanente.

A análise, conforme pontuado inicialmente, tem como base o posicionamento dos Tribunais Superiores.

4.2.1 A probable cause: um standard probatório autônomo?

Um *standard* de prova possui tríplice função. Em primeiro lugar, possui função heurística, oferecendo critérios objetivos que guiarão a tomada de

decisão; em segundo, opera como garantia para as partes, permitindo o controle racional da decisão; por fim, distribui o risco de erro entre os litigantes. Trata-se, assim, de uma escolha de valores considerando as preferências sociais para a satisfação de um ou outro objetivo que se pretenda dar primazia.

É por isso que cabe ao legislador – representante do povo - decidir o modelo de suficiência probatória a depender da natureza dos bens jurídicos ou da decisão. Nesse trilhar, Jordi Ferrer-Beltran (2023, p. 366) sustenta ser

[...] recomendável que o legislador se equipe com um cabedal de *standards* de prova, não tão variado a ponto de ser confuso e impossível de gerir, e não tão pequeno a ponto de não permitir distinguir distribuições de risco diversas para os tipos de decisões que estimar conveniente.

A partir disso, o autor assevera que, para ser considerada como *standard* probatório, uma regra deve cumprir três requisitos:

1) recorrer a critérios relativos à capacidade justificativa do acervo probatório sobre as hipóteses em conflito; 2) ser capaz de determinar um umbral a partir do qual uma hipótese será considerada provada; e 3) utilizar critérios qualitativos, próprios da probabilidade não matemática (BELTRAN, 2023, p. 47).

O primeiro requisito exclui da tomada de decisão elementos subjetivos ou estados mentais como critérios de julgamento. Expressões como “íntima convicção”, “fundamento razoável” ou mesmo “além de qualquer dúvida razoável” nada dizem sobre o grau de exigência probatória necessário frente ao acervo que apoia as diferentes hipóteses em conflito.

Assim, o determinante para a valoração da prova não pode ser a crença subjetiva do julgador, mas sim se, à luz das provas, essa crença é racional. Dito de outro modo, não importa se quem decide acredita, de fato, naquilo, mas sim que o seu conteúdo seja uma conclusão racional a partir das provas colhidas (BELTRAN, 2023, p. 54-55).

O segundo requisito diz respeito ao umbral de suficiência probatória, ou seja, o suporte de prova a partir do qual uma hipótese fática deve ser considerada provada. O que este requisito exige é que o *standard* seja formulado de modo tal que indique o umbral de suficiência probatória mais preciso possível, minimizando sua vagueza. Um *standard* será melhor quanto menor for sua vagueza e imprecisão.

O terceiro e último critério trata sobre a probabilidade que permite identificar o umbral de suficiência probatória.

A probabilidade aqui mencionada não se trata da matemática, que mede a frequência de número de possibilidades que um evento ocorra ou não. Mas sim da probabilidade lógica ou indutiva, segundo a qual a probabilidade para que um elemento de juízo aporte a uma hipótese é uma relação lógica entre duas proposições (BELTRAN, 2023, p. 120). Ou seja, a probabilidade lógica de uma hipótese é equivalente ao grau de confirmação pelas provas disponíveis.

Nesse modelo probabilístico lógico, não se mede numericamente as probabilidades de cada hipótese em conflito (frequência relativa), mas sim a confiabilidade da inferência que liga uma proposição a outra. A confiabilidade da inferência aumenta à medida que a hipótese supere controles probatórios desenhados para falseá-las, e a superação de cada um desses aumenta sua probabilidade (BELTRAN, 2023, p. 161).

A probabilidade indutiva deve ser a fonte em que se buscam os critérios aos quais podem aludir os *standards* de prova para determinar o umbral de suficiência probatória. A formulação de um *standard*, em vez de indicar numericamente o grau de probabilidade, deverá indicar em quais condições pode se considerar que essa hipótese será suficientemente provada, caracterizando-se por exigências de confirmação mais ou menos rigorosas (ABELLÁN, 2022, p. 47).

Exemplificativamente, dizer que o *standard* da preponderância da prova exige um grau mínimo de probabilidade é dizer que a hipótese sobre um fato será aceita e considerada provada quando for mais provável que quaisquer das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato que tenham sido discutidas no processo.

Frente a esses requisitos (capacidade justificativa das provas a respeito das hipóteses que se trata de provar; fixação do umbral de suficiência probatória; formulações que estejam de acordo com a lógica indutiva) e tendo em vista as funções de um *standard* (heurística; de garantia para as partes; distribuição do risco de erro) indaga-se se a *probable cause* pode ser considerada um *standard* probatório autônomo.

Entendemos que a resposta é negativa.

A causa provável, nos parece, estaria no campo da justificação fática. É a partir dela que uma hipótese seria formulada e, sobre esta, recairia a atividade probatória que tencionaria atingir o umbral de suficiência probatória.

Dito de outro modo, a *probable cause* parece ser o conjunto de elementos de juízo que permitiriam a formulação de uma hipótese, que apenas seria considerada provada se atingisse o nível ou grau de exigência imposto – o *standard* de prova.

A causa provável estaria, pois, no campo fático (ser). Ao passo que *standard* probatório estaria no plano jurídico (dever-ser). A primeira refletiria o conjunto fático (os elementos de juízo) sobre o qual uma hipótese seria formulada e posta à prova. O segundo trataria da escolha política do “quanto” de prova será necessário para aceitar a hipótese como verdadeira.

Um exemplo permite aclarar a discussão: após denúncias de traficância em determinada residência, a polícia aborda um usuário saindo do local na posse de entorpecentes, o qual confirma ali ter adquirido a droga. Na sequência, invade o domicílio e localiza o suspeito fracionando drogas ao lado de uma balança de precisão e papel alumínio. Conclui pela prática do crime de tráfico de drogas e prende o suspeito em flagrante delito.

Do exemplo acima, a causa provável consiste no conjunto de fatos formado pela denúncia, abordagem de usuário, fracionamento de droga e petrechos típicos de traficância (elementos de juízo). A partir daí e através de uma inferência probatória empírica, formula-se uma hipótese (o suspeito é traficante), que apenas será considerada provada se atingir o nível de certeza ou de aceitação (umbral) exigido pelo *standard* probatório.

É por isso que *standard* probatório não se confunde com *probable cause*. Aliás, a própria função do *standard* de distribuição de risco de erro entre as partes não é compatível com a *probable cause*, uma vez que essa nada distribui.

Nesse ponto, oportuno apresentar a proposta de *standard* probatório para medidas investigativas invasivas formulada por Gisela Aguiar Wanderley em recente artigo intitulado “Indícios Razoáveis, Fundada Suspeita, Fundadas Razões? Uma Proposta de Standard Probatório para Medidas Investigativas Invasivas”. Para a autora, o *standard* deve ser composto pelos seguintes requisitos cumulativos:

- a) A hipótese investigada deve ter sido minimamente corroborada pelos elementos de informação já coletados;
- b) Devem ter sido exauridas as medidas investigativas menos invasivas disponíveis naquela fase da investigação e adequadas à confirmação/refutação da hipótese investigada (2023, p. RB-14.4).

O primeiro elemento trata de um conceito específico de probabilidade indutiva, em que a hipótese investigada seja superior à probabilidade de sua negativa, a partir de um juízo de comparação:

Tal elemento do *standard* equivale, portanto, à exigência de que a hipótese investigada já tenha mínima corroboração (confirmação) a partir dos elementos de informação obtidos. Assim, as provas devem ser favoráveis à hipótese investigada: devem fornecer mínima confirmação racional à hipótese investigada, ainda que não em grau substancial ou elevado. Se os elementos de informação não permitirem conferir maior probabilidade à hipótese investigativa do que à sua negativa (irrelevantes) ou se forem favoráveis à hipótese negativa, não estará autorizado o prosseguimento da investigação daquela hipótese mediante restrição aos direitos fundamentais do investigado. (WANDERLEY, 2023, p. RB-14-4).

O segundo elemento incorpora o princípio da subsidiariedade e da completez tendencial do conjunto probatório:

Para o deferimento de medida investigativa invasiva, não basta que a medida seja *adequada* para a confirmação/refutação da hipótese investigada, mas também que tenham sido previamente exauridas as medidas investigativas não invasivas ou menos invasivas igualmente adequadas a tal desiderato, de modo a evidenciar a *necessidade* da medida investigativa invasiva requerida, naquela fase da investigação (WANDERLEY, 2023, p. RB-14-5).

Não obstante o entendimento aqui exposto, os Tribunais Superiores entendem que a *probable cause* ou a causa provável, ou, ainda, as fundadas razões, trata-se, sim, de um *standard* de prova autônomo. Ou seja, a jurisprudência trabalha com esses conceitos enquanto modelos probatórios próprios, dos quais se extrai o nível de exigência de prova para que a hipótese seja considerada verdadeira.

É o que se vislumbra a partir do julgamento do HC n. 598.051/SP, relatado pelo min. Rogerio Schietti, cujo voto averba que:

II. Standards de Prova para ingresso em domicílio. Fundadas razões (justa causa, causa provável).

[...]

Há necessidade de diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de *standard* de prova. E, por óbvio, será muito mais difícil preencher os requisitos do *standard* probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) do que o exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime (BRASIL, 2021, p. 22-23).

Percebe-se tanto pela redação do título do tópico quanto pela explicação apresentada no corpo do voto que o Superior Tribunal de Justiça lida com o conceito de fundadas razões como um *standard* probatório próprio que incide

sobre a atuação policial para ingressar no domicílio. *Standard* esse que possui um nível de exigência menor que o BARD.

Essa conclusão é reforçada em inúmeros outros julgados posteriores, que ratificam a autonomia da *probable cause* enquanto *standard* de prova⁷².

A doutrina trilha no mesmo caminho, no sentido de tais desenhos de constatação, que exigem graus de juízo de probabilidade, tratam-se de *standards* probatórios autônomos. A título exemplificativo, Gustavo Badaró (2023, p. 416) sustenta que:

[...] elencam-se alguns *standards* ou “modelos de constatação”, diversos da “prova além da dúvida razoável”, frequentemente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam “fundadas razões (...) de autoria” (Lei 7.960/89, art. 1º, III), enquanto para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312, *caput*); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes de autoria” (CPP, art. 413, *caput*); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integralidade mental do acusado” (CPP, art. 149, *caput*).

Percebe-se que nas inúmeras situações mencionadas há variações de grau de probabilidade, partindo de expressões que fazem alusão ao substrato fático.

Neste trilhar e considerando o objetivo geral proposto neste trabalho⁷³, conclui-se que o *standard* probatório que justifica a entrada policial forçada em

⁷² Por todos: [...] 3. “Não satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal], meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o **standard probatório de 'fundada suspeita'** exigido pelo art. 244 do CPP.” (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022.) [...] (AgRg no HC n. 743.368/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022.)

[...] 5. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) **Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa)**, aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; [...] (AgRg no RHC n. 156.973/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.)

⁷³ Rememore-se: investigar o *standard* probatório que justifica a entrada policial forçada em domicílio em flagrante delito segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

domicílio em flagrante delito segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores consiste na *probable cause*.

De modo a concretizar e fixar parâmetros objetivos para esse modelo probatório, permitindo, assim, o controle racional da decisão, a abordagem da *probable cause* será realizada de forma concreta e de acordo com o conjunto de elementos de juízo extraído das decisões das Cortes Superiores.

4.2.2 Análise crítica da *probable cause* segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores

No capítulo 2 deste trabalho, foram categorizadas as premissas fáticas e jurídicas lançadas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito de crime permanente. Advertiu-se, naquele momento, que aquele tópico destinava-se apenas à categorização das premissas, sem qualquer juízo de valor.

No presente tópico, pretende-se analisar criticamente os substratos adotados pelos Tribunais Superiores e investigar se se prestam à figurarem como *probable cause* ou, mais especificamente, fundadas razões, na forma do Tema 280.

A análise recairá sobre as principais premissas estabelecidas nas Cortes Superiores, é dizer: denúncia anônima e investigação prévia; atitude ou comportamento suspeito, fuga e indivíduo conhecido no meio policial; localização de drogas em busca pessoal; e consentimento do morador.

4.2.2.1 Denúncia anônima e investigação prévia

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça comungam do entendimento que denúncia anônima não configura, por si só, fundadas razões para entrada forçada em domicílio.

Concordamos com o entendimento esposado pelos Tribunais Superiores.

Denúncia anônima consiste na *delatio criminis* provocada sem a identificação do responsável pela informação. Ou seja, quando alguém do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a notícia de um crime, sem, contudo, identificar-se.

A partir dela, a autoridade processante deve iniciar uma investigação preliminar para averiguar a sua procedência e veracidade, uma vez que não se trata de prova; é mera informação de fonte não identificada, com baixa confiabilidade e alta insegurança jurídica, considerando que qualquer um pode se valer, *ex vi*, do canal “disque-denúncia” para imputar falsamente um crime a outrem. Soma-se a isso que a delação apócrifa encontra resistência a nível constitucional, conforme se infere do 5º, IV, da Constituição da República.

Daí porque, recebida a *delatio criminis*, os órgãos de persecução penal darão início a um procedimento preliminar de investigação, de modo a colherem elementos informativos que confirmem a sua plausibilidade. Convencidos que há indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, o respectivo inquérito policial (ou outro procedimento formal de investigação, tal qual o PIC no âmbito do Ministério Público) será instaurado.

Assim é que a denúncia anônima, por si só, não se presta à deflagração de um inquérito policial (tampouco de um processo administrativo disciplinar (PAD), conforme súmula 611 do STJ). E, se não se presta sequer à instauração de PAD ou de um inquérito, com maior razão não é suficiente para embasar uma entrada em domicílio sem autorização judicial, que envolve a restrição direta (senão uma violação) a direitos fundamentais (à liberdade, ao domicílio, à intimidade).

Portanto, a ausência de substrato que permita a verificação da confiabilidade e veracidade da denúncia anônima é impeditivo para que figure como fundadas razões. Rememora-se que fundadas razões representa um modelo capaz de se conectar a fatos objetivos e consistentes, de demonstrar indícios concretos da prática de um crime. É dizer, fundadas razões expressa fatos e circunstâncias objetivamente verificáveis que dão conta da confiabilidade da informação que leva à crença da prática criminosa.

Exemplifica Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 124) 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.

Daí a necessidade de realização de investigação prévia a partir da delação apócrifa. Nesse trilhar, são exemplos de diligências preliminares a realização de campanas e monitoramento de local, inclusive com registro em fotografia e/ou vídeo, a oitiva informal de testemunhas, a colheita de documentos etc.

O modelo aqui proposto permite dar maior abertura e proteção aos direitos fundamentais potencialmente violados por uma invasão domiciliar lastreada tão somente em denúncia anônima.

Não é razoável, sequer legítimo do ponto de vista jurídico, que alguém tenha sua casa arrombada, seus bens revirados, sua intimidade violentada e seu núcleo familiar maculado e exposto tão somente com base em uma informação apócrifa.

Cotejando essa ordem de ideias às decisões proferidas no ano de 2022 pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça constata-se que, de fato, a simples denúncia anônima não legitima o ingresso forçado em domicílio segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em que pese se tratar da premissa fática mais invocada em termos numéricos.

Conforme demonstrado no capítulo 02, do universo de 191 decisões proferidas pela Corte Suprema, em 99 delas a denúncia anônima figurou como uma das premissas fáticas. Perante o Superior Tribunal de Justiça, esse número foi de 124 acórdãos, de um total de 169.

Em ambas as Cortes, os ministros averbaram que a notícia anônima de crime, por si só, não é apta para instaurar inquérito policial e, com maior razão, não é admitida como elemento válido para violar franquias constitucionais⁷⁴.

Contudo, quando conjugada com outros elementos, tais como a fuga, a apreensão de drogas em busca pessoal, a abordagem de usuários etc., é

⁷⁴ Por todos, no STJ: AgRg no RHC n. 163.053/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022; no STF: [RE](#) 1405285, relator Min. Dias Toffoli, julgado em 17/11/2022, DJe de 21/11/2022.

premissa fática legítima para integrar a expressão fundadas razões e, portanto, autorizar o ingresso no domicílio sem autorização judicial.

Dito de outro modo, a denúncia anônima sozinha não se presta como elemento válido, mas se agregada a outros elementos que indiquem, sumariamente, a prática criminosa, então poderá ser considerada como integrante do substrato que forma os elementos de juízo que autorizam a diligência policial.

É essa situação – um conjunto de elementos fáticos, inclusive com a denúncia anônima – a que se verifica, em regra, nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e legitima a entrada policial no domicílio.

Chama atenção, contudo, outro dado.

Em que pese as ponderações acima expostas se tratarem de entendimento amplamente consolidado, em 03 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, todas elas relatadas pelo ministro André Mendonça, a denúncia anônima se tratou da premissa fática isolada que legitimou o ingresso forçado na residência.

No julgamento do HC n. 214705/SP, em 12/11/2022, o acórdão de segundo grau impugnado foi transcrito, do qual se extrai a narrativa fática:

[...] De fato, os policiais que efetuaram a captura do apelante e a arrecadação do material entorpecente relataram que receberam delação dando conta de que um traficante de vulgo “BR” estaria escondido numa residência, ocasião em que se dirigiram até o local, que era um conjunto de casas, cuja entrada fora franqueada por uma senhora que ali morava, a qual informou não conhecer o apelante réu. E que, ao adentrarem no local, avistaram na primeira casa o recorrente réu, deitado na varanda, ocasião em que o abordaram. [...]

Na sequência, o ministro averbou que

[...] **o ingresso dos policiais na casa do paciente se deu em vista de informações de que um traficante estava escondido na residência.** A par desse aspecto, não se vislumbra a ilegalidade arguida, considerada a licitude do ingresso em residência em casos de flagrante delito, por ser permanente o crime de tráfico de drogas, no núcleo do tipo “ter em depósito”. [...] (sem destaque no original)

Veja-se que, tanto da descrição fática apresentada no acórdão impugnado, quanto na conclusão lançada no julgamento do *habeas corpus*, o substrato que embasou a entrada no domicílio se tratou da denúncia anônima. E o fato de se tratar de um traficante escondido, ou não, em nada altera a origem da busca.

E sequer é possível considerar eventual consentimento do morador para ingresso no domicílio, uma vez que o caso concreto indicou a existência de várias unidades residenciais no terreno, de modo que a legitimidade para autorizar a entrada conferia a cada morador de cada residência. Tanto o é que, na conclusão lançada pelo ministro quando do julgamento do *habeas corpus*, não houve menção a eventual consentimento do morador (porque inexistente).

No mesmo trilhar se deu o julgamento, em 23/10/2022, da Reclamação 55.520/CE. O caso concreto dava conta de uma denúncia anônima indicando a prática do crime de tráfico de drogas em uma residência. Com base na denúncia, os policiais se deslocaram ao local e, por não serem atendidos, adentram no domicílio e apreenderam drogas.

A tese de inviolabilidade do domicílio foi afastada ao argumento que “houve motivo justificável para o ingresso dos policiais no domicílio da reclamante, inclusive pela constatação de denúncia prévia da prática de crime permanente naquele recinto”.

Ocorre que o único substrato que embasou a entrada no domicílio foi a denúncia anônima. Não houve qualquer diligência investigativa prévia, tampouco eventual consentimento do morador.

A mesma situação verificou-se no julgamento do HC n. 213.457/ES, em 06/08/2022. O contexto fático envolvia a denúncia de que um grupo de pessoas praticava roubos e estava escondido em uma residência. Chegando ao local, a polícia deu ordem de parada a um dos suspeitos, que fugiu para o interior da casa. Foi, contudo, acompanhado pelos policiais, que adentraram no domicílio e, em revista domiciliar, localizaram diversos armamentos.

A conclusão consistiu na ausência de ilegalidade do procedimento,

[...] seja pela possibilidade de denúncia anônima para deflagrar a persecução penal, desde que realizadas diligências para confirmar a veracidade do quanto alegado, seja pela licitude do ingresso em residência, diante de situação de flagrante delito, como se deu na espécie, por ser permanente o crime de associação criminosa, cuja consumação se protraí no tempo.

Veja-se que, mais uma vez, a premissa fática que embasou a entrada no domicílio se tratou unicamente da denúncia anônima.

De outro lado, perante o Superior Tribunal de Justiça não foi observada situação semelhante. É dizer, do universo de 169 acórdãos analisados, em nenhum deles a denúncia anônima figurou como substrato fático suficiente para

legitimar a conduta policial. Ao revés, em 03 casos houve a declaração de nulidade das provas obtidas por meio da busca e apreensão por ser ilegal, visto ter sido embasada apenas na delação apócrifa⁷⁵.

Por fim, necessário o esclarecimento de um ponto específico que tenciona divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O presente tópico cuidou da denúncia anônima e da investigação prévia destinada a verificar a sua plausibilidade e veracidade. A investigação prévia aqui tratada não se confunde com a realização de “prévias diligências” para a efetiva entrada em domicílio.

O esclarecimento é importante, uma vez que recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1447289 AgR em 02/10/2023, relatado pelo ministro Alexandre de Moraes, reformou acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao argumento que a Corte da Cidadania exigiu, para a configuração de fundadas razões, um requisito não previsto no Tema 280, qual seja, a realização de prévias diligências. Extrai-se de trecho da ementa:

[...] 5. Ocorre, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto ora sob análise, após aplicar o Tema 280 de Repercussão Geral dessa SUPREMA CORTE, foi mais longe, alegando que não obstante os agentes de segurança pública tenham recebido denúncia anônima acerca do tráfico de drogas no local e o suspeito, conhecido como chefe do tráfico na região, tenha empreendido fuga para dentro do imóvel ao perceber a presença dos policiais, tais fatos não constituem fundamentos hábeis a permitir o ingresso na casa do acusado. Assim, entendeu que o ingresso dos policiais no imóvel somente poderia ocorrer após “prévias diligências”, desconsiderando as circunstâncias do caso concreto, quais sejam: denúncia anônima, suspeito conhecido como chefe do tráfico e fuga empreendida após a chegada dos policiais. 6. Nesse ponto, não agiu com o costumeiro acerto o Tribunal de origem, pois acrescentou requisitos inexistentes no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, desrespeitando, dessa maneira, os parâmetros definidos no Tema 280 de Repercussão Geral por essa SUPREMA CORTE [...]

No entender da Corte Suprema, o tripé denúncia anônima, suspeito conhecido como chefe do tráfico e fuga configura fundadas razões a legitimar o ingresso em domicílio sem autorização judicial, não havendo de se cogitar da exigência de outro requisito (a realização de prévias diligências).

⁷⁵ HC n. 702.674/SE, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022; HC n. 711.234/MT, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022; e AgRg no HC n. 723.516/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.

Discordamos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A exigência de realização de prévias diligências se justificou, no caso concreto, em razão de não haver elementos de juízo suficientes (*probable cause*) que indicassem a prática de crime no interior da residência. Não se trata de um novo requisito adicional àqueles definidos no Tema 280, mas sim de exigir um lastro probatório mais robusto para franquear o acesso ao domicílio.

O tripé fático apresentado é, deveras, frágil. Consiste em denúncia anônima – que não apresenta qualquer confiabilidade ou segurança; suspeito conhecido como traficante, o que conduz à aplicação do Direito Penal do autor e não do fato; e fuga, que pode se dar por qualquer razão e se trata de hipótese frequente diante do público alvo de operação policiais (o tema será melhor detalhado abaixo). Daí porque, diante da fragilidade desses elementos de juízo é que o Superior Tribunal de Justiça exige a realização de prévias diligências. Houvesse efetiva justa causa ou fundadas razões, não haveria se falar em quaisquer outras diligências.

4.2.2.2 A apreensão de drogas em busca pessoal

A busca consiste em ato de procura. Segundo Cleunice Pitombo (1999, p. 96), “é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual [...], consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa [...], semoventes, coisas [...], bem como de vestígios”.

Trata-se de um meio de obtenção de prova que importa em restrição à garantia constitucional da intimidade e da vida privada.

O Código de Processo Penal prevê duas modalidades de busca em seu artigo 240, quais sejam, a domiciliar e a pessoal.

O presente tópico trata da busca pessoal (art. 240, §2º do CPP⁷⁶), que consiste na diligência de procura no corpo da pessoa, em suas vestes ou objetos

⁷⁶ CPP - Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

que tenha consigo, seja do suspeito, da vítima ou de terceira pessoa. Estende-se o conceito de busca pessoal àquela realizada no automóvel do indivíduo.

Em regra, a busca pessoal deve ser precedida da expedição de um mandado (juízo de admissibilidade prévio), por sujeito imparcial e competente (magistrado), quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo instrumentos ou objetos relacionados à prática criminosa.

Excepcionalmente, é possível a realização de busca e apreensão pessoal sem a presença de um mandado judicial, quando então o juízo de admissibilidade da medida será posterior. Nesses casos, é a autoridade policial quem realiza diretamente a busca pessoal nas hipóteses 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” (artigo 244 do CPP).

A expressão “fundadas suspeitas” é objeto de crítica doutrinária por sua ambiguidade. “Suspeita é uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém” (BADARÓ, 2023, p. 518).

Assim, para evitar que esse modelo de constatação seja embasado em um estado subjetivo do agente policial (“tirocínio policial”), sem referencial concreto, é que a doutrina sustenta que “a ‘fundada suspeita’ deve ser decorrente de ação ou omissão do indivíduo, não por estigmas e conclusões subjetivas do agente público (SILVA, MELO e SILVA; ROSA, 2022, p. 34).

Ao exigir que a *suspeita* (elemento intuitivo) seja *fundada*, a norma impõe um adicional de concretude, objetividade e segurança. É preciso que seja embasada em um dado concreto, que justifique objetivamente a restrição do direito fundamental.

Assim é que a permissão para a revista pessoal decorre de uma fundada suspeita justificada pelas circunstâncias objetivas do caso concreto que indiquem que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos que constituam corpo de delito.

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

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 do fato;

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º 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.

Nesse cenário, a legislação processual não autoriza busca pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo. A busca, embasada em fundadas suspeitas, possui finalidade legal probatória bem delimitada pelo artigo 244 do CPP, qual seja, a posse de armas ou de outros objetos que constituam corpo de delito; caso contrário, será ilícita.

Assentadas, pois, as premissas normativas que permitem a busca pessoal, indaga-se se, realizada a revista pessoal e apreendida droga na posse do suspeito, permite-se a entrada em domicílio a fim de averiguar a existência de mais entorpecentes. Em outras palavras, se a apreensão de drogas em busca pessoal consiste em fundadas razões a permitir a entrada forçada em domicílio.

E, segundo o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, a resposta é negativa.

Da análise dos julgados proferidos pela Corte da Cidadania que envolveram a temática (rememora-se que a premissa fática foi citada em 54 processos, do universo de 169 acórdãos), extrai-se dois fundamentos basilares que sustentam a impossibilidade de adentrar no domicílio em razão da localização de drogas em busca pessoal: o primeiro, porque não necessariamente presente o nexo causal que permita concluir que mais entorpecentes estejam armazenados na residência⁷⁷; o segundo trata da condição de custódia do suspeito pelo aparato policial, circunstância que torna inviável sua atuação no sentido de embaraçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial⁷⁸.

Discordamos dos fundamentos versados.

Entendemos estar presente o nexo causal entre a busca pessoal e a presunção de armazenamento de entorpecentes na residência. Se o suspeito traz consigo entorpecentes (entorpecentes estes que apenas foram encontrados porque houve, *ex ante*, fundadas suspeitas de sua posse), há razões fundadas para crer que possa armazenar mais drogas em sua casa – local seguro e protegido de estranhos.

⁷⁷ Por todos: AgRg no AREsp n. 1.961.428/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2022, DJe 27/06/2022.

⁷⁸ Por todos: AgRg no REsp n. 1.994.151/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2022, DJe 19/08/2022.

Melhor explicando. A realização de busca pessoal pressupõe a constatação de fundadas suspeitas, objetivamente verificáveis no caso concreto, que indiquem que o sujeito esteja na posse de armas ou de outros objetos que constituam corpo de delito. Mero subjetivismo ou intuição policial não satisfazem esse *standard* probatório.

A partir do momento que a busca (lícita, frisa-se) é frutífera, ou seja, que são localizados objetos que constituam corpo de delito (drogas, *ex vi*), abre-se campo fértil para realização da busca domiciliar, que exige “fundadas razões” de prática delitiva. É dizer, a localização de drogas em busca pessoal é premissa fática suficiente, por si só, para preencher o *standard* probatório da *probable cause* da busca domiciliar.

Trata-se de raciocínio indutivo lógico: a partir do indício de prática delitiva (apreensão de drogas em busca pessoal) presume-se, a par das máximas da experiência, a possibilidade concreta (fundadas razões) de existência de mais drogas no interior da residência.

Daí porque discordamos do fundamento adotado pela Corte da Cidadania, uma vez que basta aplicar o silogismo para desconstruir a tese.

De igual modo, parece-nos que o segundo argumento também não se sustenta.

Com razão o Superior Tribunal de Justiça ao entender que a condição de custódia torna inviável a atuação do suspeito no sentido de embaraçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial.

É necessário, contudo, distinguir situações que não se confundem.

A condição de custódia sob o aparato policial é fator determinante para aferição da validade de um ato volitivo, tal qual o consentimento para ingresso no domicílio. E isso porque a prisão, ainda que momentânea, tem a possibilidade concreta de viciar a manifestação de vontade diante do estado de coação – a hipótese será melhor trabalhada abaixo.

Não é essa, contudo, a hipótese aqui discutida.

Trata-se, aqui, da apreensão (quando *lícita*, frisa-se) de drogas em busca pessoal e, a partir dela, da entrada forçada em domicílio diante de fundadas razões que indicam o armazenamento de mais entorpecentes na residência.

Veja-se que não há ato volitivo; não há manifestação de vontade livre e voluntária do suspeito (tal qual se daria no consentimento). Trata-se de entrada forçada e cogente à luz de fundadas razões de flagrante delito. Fundadas razões essas evidenciadas a partir da efetiva apreensão de drogas em busca pessoal.

Assim é que o fato de o suspeito estar ou não sob custódia, ter ou não possibilidade de embaraçar a investigação, anuir ou não com a atuação policial em nada altera o quadro, uma vez que, frisa-se, a entrada é forçada e decorre da presença de fundadas razões (e não de um ato volitivo, como o consentimento do morador).

Em resumo, entendemos que a efetiva apreensão de drogas em busca pessoal consiste em fundadas razões a permitir a entrada forçada em domicílio, à luz do artigo 5º, XI, da CRFB.

O entendimento aqui exposto encontra sustento perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a Corte Suprema entende que a localização de drogas (ou armas de fogo) em busca pessoal é premissa fática suficiente para embasar a busca domiciliar.

É o que se extrai, a título exemplificativo, do julgamento do RHC 219955/SC, relatado pelo Min. André Mendonça, cujo voto consigna que “ficou evidenciado que o ingresso dos policiais na casa do recorrente se deu em razão de fundadas suspeitas de que se mantinha drogas em depósito, ante a anterior apreensão de entorpecentes e dinheiro com o corrêu”. No mesmo sentido é o HC 213068-SP, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, que consta que “o ingresso no domicílio decorreu da situação de flagrância anteriormente verificada em abordagem na via pública que resultou na apreensão de entorpecentes”.

Em síntese, entendemos, em comunhão com o Supremo Tribunal Federal e divergência com o Superior Tribunal de Justiça, que a efetiva apreensão de drogas em busca pessoal, desde que amparada em fundadas suspeitas aferidas de modo objetivo e concreto, legitima a imediata entrada em domicílio sem mandado judicial considerando a presença de fundadas razões que levam a crer que no interior da residência há mais entorpecentes armazenados, ou seja, que há flagrante delito.

4.2.2.3 Suspeito conhecido no meio policial, atitude ou comportamento suspeito e fuga

No tópico precedente, abordou-se a possibilidade da busca e apreensão pessoal quando presente fundadas suspeitas, aferidas de modo objetivo e concreto, que indiquem que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos que constituam corpo de delito.

A indagação que agora se faz é quem é esse indivíduo? Noutras palavras, qual o público alvo de operações policiais ostensivas?

Estudos realizados pela Rede de Observatórios da Segurança, divulgados no boletim “Pele Alvo: a bala não erra o negro” (BRASIL, 2023), revelam a cor da letalidade gerada por ação policial.

A partir de dados obtidos junto às Secretarias Estaduais de Segurança Pública da Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro e São Paulo, a cada 04 (quatro) horas uma pessoa negra foi morta, no ano de 2022, pela polícia apenas nesses oito Estados.

De acordo com o boletim, dos 3.171 registros de morte nestes oito Estados com informação de cor/raça declaradas, negros somam 87,35%, em um total de 2.770 pessoas.

Esse número é confirmado também pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Segundo consta do Anuário de 2022, a letalidade policial atinge principalmente o grupo formado por homens (99,2% das vítimas) com até 29 anos de idade (74%), identificados como pretos e pardos (84,1% das vítimas) (BRASIL, 2022, p. 82-84).

A par da seletividade notada nesses números, não é possível falar em atuação policial sem abordar o tema do racismo.

Racismo consiste em uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como substrato elementar e se manifesta por meio de práticas que geram desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem (ALMEIDA, 2018, p. 25).

O racismo, para além de um fenômeno relacionado a comportamentos individuais, é resultado do funcionamento das instituições, que reproduzem essa dinâmica que confere privilégios ou desvantagens a partir da raça. Com efeito,

[...] a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos (ALMEIDA, 2018, p. 30).

Fala-se, aqui, em racismo institucional, que consiste em uma modalidade de racismo que se liga às formas como as instituições funcionam e reproduzem o discurso racial de dominação.

Assim, enquanto instrumento de poder e de controle, o racismo institucional permite o domínio do discurso baseado em raça que possibilita manter a hegemonia de um grupo racial. Isso faz com que haja uma aparente “normalização” ou “naturalização” de práticas essencialmente racistas no aparato das instituições (aqui incluído o Estado) e, de outro lado, dificulta a ascensão de outros grupos (não hegemônicos) em espaços de poder. Não à toa, e exemplificativamente, que a Câmara de Deputados brasileira é formada por 27 pretos dentre os 513 deputados⁷⁹, ao passo que apenas 1,7% de juízas e juizes brasileiros se identificam como negros⁸⁰.

Reconhecido também enquanto expressão da violência estrutural, o racismo institucional, na segurança pública, reproduz a lógica de dominação e poder baseada em raça.

Com efeito, em uma sociedade cujo racismo é elemento estruturante, a subjetividade dos policiais (assim como dos demais cidadãos) está dotada de preconceito racial, o que torna os negros os principais alvos das abordagens policiais.

Desta forma, a seleção de quem são os suspeitos criminais sob o ponto de vista do policial se realiza fundamentalmente segundo critérios subjetivos destes profissionais; contudo, é de suma importância frisar que esta subjetividade é informada por associações entre raça e posição social – largamente difundidas no senso comum e no passado das instituições responsáveis pelo controle social (SCHLITTER, 2016, p. 55).

Pode-se, aqui, trabalhar com as chamadas metarregras, consistentes em “mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica” (BACILLA, 2014, p. 16). Uma das consequências negativas de sua aplicação é

⁷⁹ Fonte: <https://www.camara.leg.br/noticias/911743-numero-de-deputados-pretos-e-pardos-aumenta-894-mas-e-menor-que-o-esperado/>

⁸⁰ Fonte: <https://www.cnj.jus.br/com-apenas-17-de-juizes-e-juizas-pretos-equidade-racial-segue-distante-na-justica-brasileira/>

a eleição de pessoas que farão parte do sistema penal, por meio do mecanismo de estigmatização.

[...] as metarregras são seguidas de forma consciente ou não e têm o condão de atribuir, no plano jurídico, responsabilidade penal e, na esfera social, estigma, demonstrando também o caráter de desigualdade do sistema penal. É como se fosse um bem negativo.

A consequência principal das metarregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal. Muitos praticam crimes (a maioria da população), mas somente alguns são escolhidos pelo sistema para responder (BECKER, 2008, p. 18).

A estigmatização, enquanto espécie do gênero metarregras, torna o estigmatizado “menos humano [...], reduzindo-o a uma sub-classe, a uma pessoa menos capacitada” (SILVA e ÁVILA, 2015, p. 221), detentor de menos direitos e garantias.

Assim é que, a pretexto de “preservar a ordem pública”, “proteger a vida”, “manter a paz social” e “combater o crime”, forças policiais reproduzem condutas discriminatórias que possuem alvo racial bem determinado.

O elemento normativo “fundada suspeita” (de posse de corpo de delito), que deveria estar lastreado em critérios objetivos e aferíveis de modo concreto a partir da conduta externalizada pelo indivíduo (qualquer que seja ele), ganha contornos de raça e cor, transformando-se em “elemento suspeito”.

É dizer, as buscas pessoais se estruturam a partir de uma suspeição generalizada, que resulta em “coerções sistemáticas motivadas pela mera presença de jovens negros nos espaços públicos, numa dinâmica em que a negritude ainda é encarada por si só como um indício de suspeita e, portanto, como fundamento para a coerção policial” (WANDERLEY, 2017, p. 197).

Mota, Ovalle e Silva trabalham com a ideia de filtragem racial:

(...) ainda que a prática da filtragem racial seja negada entre os interlocutores, muitos elementos que compõem a *fundada suspeita* remetem a um grupo social específico, caracterizado pela faixa etária, pertença territorial e que exhibe signos de um estilo de vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura — “da periferia” (MOTA, OVALLE e SILVA, 2014, p. 9)

Assim é que o jovem morador da periferia é estigmatizado enquanto o “sujeito perigoso que pode, a qualquer tempo, causar um mal à ‘sociedade normal’, merecendo sempre uma sanção penal” (SILVA e ÁVILA, 2015, p. 223).

O “elemento suspeito” costuma ser o jovem, negro, morador de periferia, que veste “blusão”⁸¹ e “tênis de skate”, escuta rap⁸², frequenta bailes *funks* e “rolezinhos”⁸³, tem tatuagens e usa gírias para se expressar:

“Às vezes, um indivíduo em um local se torna suspeito porque ele não é compatível com aquele local. Isso vai depender do momento [...] De repente, naquele momento que eu estou trabalhando aquela pessoa suspeita, se tornou suspeita para mim por algum detalhe, eu acabo abordando aquela pessoa. É lógico que se a pessoa tem tatuagens, se a pessoa com determinado tipo de vestimenta acaba chamando mais a atenção [...]” (Cabo PM – 13ºBPM com oito anos de profissão e vinte e oito anos de idade) (TERRA, 2010, p. 48).

Por mais evidente que seja a caracterização discriminatória do “elemento suspeito”, o uso dessa expressão carrega em si uma carga racista a tal nível e magnitude que não é aceita no discurso oficial, sequer das corporações policiais.

Em pesquisa feita por Lívia Maria Terra, em Araraquara (SP), todos os policiais militares entrevistados afirmaram que o indivíduo suspeito não existe: repetiu-se a fala constante de que “não há indivíduo suspeito para a polícia militar, apenas atitudes suspeitas” (TERRA, 2010, p. 80).

Assim é que o “elemento suspeito”, bem definido racialmente a partir de critérios discriminatórios subjetivos, ganha outra roupagem linguística: “comportamento suspeito” ou “atitude suspeita”, recursos linguísticos estes que trazem aparentes critérios profissionais.

⁸¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 81.305/GO, tratou de um caso em que um jovem foi abordado por suspeita de estar portando uma arma, sob a alegação que trajava um “blusão”. É dizer, o motivo da busca consistiu nas vestes do abordado.

⁸² “[o rap], por escandalizar a camada privilegiada da sociedade com seu ativismo, mostrando as mazelas sociais sem floreios ou maquiagens, fazendo lembrar a todos os indivíduos segregados massacrados pelo poder e as consequências das exclusões e rotulações dessa parte da população, não é acolhido como o outro estilo supramencionado [o “funk ostentação]” (SILVA e ÁVILA, 2015, p. 225).

⁸³ Sobre o movimento intitulado “rolezinho”: “Com o ingresso dos jovens moradores da periferia em locais tidos como seguros, verdadeiros santuários das classes ricas, houve por parte destas uma sensação de revolta muito grande, já que a percepção geral ao ato foi a de uma invasão de uma classe inferior, significando o contato indesejado com “o outro” e da aproximação da classe perigosa da qual cotidianamente tentam se esquivar. [...] A reação negativa ao “rolezinho” é vista como repulsa da classe rica aos anseios dos jovens da periferia a fazer parte de uma estrutura social que não lhes pertence. É a aversão a ter que dividir o “espaço higienizado” com aqueles tidos como inferiores e potencialmente perigosos, é o horror de ter de permitir que os adolescentes suburbanos rompam com o acordo segregacionista que lhes foi imposto” (SILVA e ÁVILA, 2015, p. 236 e 237).

É dizer, o uso dessas terminologias tenciona conferir objetividade à suspeição e afastar critérios discriminatórios relacionados a características pessoais do indivíduo por conta de sua raça e cor.

Em que pese o recurso linguístico que pretende dar aspecto objetivo à atitude suspeita ou comportamento suspeito, trata-se de mera retórica que não tem o condão de retirar a seletividade racial da cultura policial que considera o negro, pelo simples fato de ser negro, como um indivíduo potencialmente perigoso e envolvido com o crime. “Jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, da Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol”. (BATISTA, 2003, p. 103).

Gisela Aguiar Wanderley lembra que a

[...] incansável repetição do mantra da inexistência do indivíduo suspeito se dá paralelamente à incidência cotidiana da busca pessoal sobre tipos sociais específicos, sobre os quais a suspeição recai com frequência desproporcional. O diagnóstico é, pois, irrefutável: o indivíduo suspeito existe e é cotidianamente interpelado pelo aparato policial (2017, p. 106).

É, muitas vezes, essa “atitude suspeita” ou o fato de se tratar de um “suspeito conhecido no meio policial”, desacompanhada de explicação objetiva e concreta sobre as causas da suspeição ou mesmo as razões do conhecimento policial prévio, que levam à realização de buscas pessoais ou domiciliares.

Forma-se um ciclo vicioso fundado no racismo: o indivíduo é abordado porque suas características físicas (cor, raça, vestes, cabelo, modo de andar ou falar etc.) se enquadram em um padrão de “atitude suspeita” e, a partir daí, se torna “conhecido no meio policial”, o que gera futuras e sucessivas abordagens.

Essa lógica reproduz o Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs, que defende, em síntese, que a função primordial do direito penal é a proteção da norma (e apenas indiretamente a tutela de bens jurídicos fundamentais). Assim, indivíduos que não cumpram a norma e não aceitem o Estado de Direito posto não são vistos como pessoas (enquanto sujeito de direitos); são inimigos do sistema e, por isso, não contam com garantias e direitos próprios de sujeitos processuais.

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (JAKOBS, 2007, p. 42).

Esse indivíduo que abandona os preceitos do Estado democrático é representado, segundo esta concepção, pelos delinquentes habituais e membros de organização criminosa e terrorista, que devem ser combatidos com os mesmos procedimentos de uma guerra: “esta guerra tem lugar com legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário o inimigo é excluído” (JAKOBS, 2007, p. 47).

Assim, a transição entre cidadão e inimigo é pautada pela periculosidade do agente, que é demonstrada através da habitualidade delitiva ou reincidência. Ou, ainda (e não sem razão), por se tratar de suspeito conhecido no meio policial ou com atitude suspeita.

Com efeito, em uma sociedade marcada por desigualdades sociais, em que os crimes podem ser mapeados geograficamente e associados a determinado segmento social e racial⁸⁴, é significativa a possibilidade de se identificar o inimigo público.

A par dessas constatações é que não se pode admitir que “atitude suspeita”, sem a correlata explicação objetiva do que consiste, ou “suspeito conhecido no meio policial”, sem a delineação do porquê ou como, ou mesmo a simples “fuga”, que pode se dar por qualquer motivo (e aqui cabe salientar que é natural, até mesmo esperado, que pessoas que reiteradamente são alvos de operações policiais – às vezes violentas – fujam ao se depararem com uma em ronda) possam figurar como *probable cause* para ensejar a entrada forçada em domicílio.

Anuir com esse raciocínio é permitir, por vias transversas, que práticas racistas se reproduzam socialmente com o aval do Poder Judiciário, que possui a atribuição de servir como a última trincheira para garantia de direitos fundamentais.

Se o devido processo legal é cláusula universal, aplicável a todos titulares de dignidade humana [ser humano], as distinções ad-hoc violam a premissa democrática porque modulam seletivamente quem “merece” garantias criminais. Todos deveriam ser credores do mesmo âmbito de incidência. Aliás, é a função do agente público numa democracia (ROSA e CANI, 2023).

⁸⁴ Convém lembrar que o Código Penal de 1890 criminalizava a capoeira e a mendicância, em um contexto social pós abolição da escravatura.

É daí que concordamos com o entendimento prevalente perante o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a fuga, a atitude suspeita ou o fato de se tratar de indivíduo conhecido no meio policial não legitimam a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito, por não preencherem o *standard* probatório da *probable cause*⁸⁵.

A título ilustrativo, extrai-se da ementa do julgamento do HC n. 694.509/GO, relatado pelo Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, e julgado em 21/3/2022:

[...] Ademais, não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas dentro da residência, **não sendo suficiente, por si só, a verificação de atitude suspeita do paciente ou mesmo a sua fuga no momento da abordagem**, tampouco a apreensão da droga em sua posse (sem destaque no original).

Entendimento diverso se verifica perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, segundo a Corte Suprema, atitude suspeita, fuga ou o fato de se tratar de indivíduo conhecido no meio policial são suficientes para autorizar a busca domiciliar sem autorização judicial.

É o que se extrai do RHC 222287/MG, julgado em 29.11.2022, pelo Min. Luiz Fux, cujo voto consigna que

[...] 'diante de denúncias anônimas informando que na residência do ora agravante – **já conhecido nos meios policiais** pelo envolvimento com a traficância – estaria ocorrendo tráfico de drogas, foram até lá averiguar, ocasião em que o ora agravante foi avistado pela fresta do portão em **atitude suspeita, o que motivou a busca domiciliar** [...]'. À luz do que decidido pelas Cortes antecedentes, a hipótese *sub examine* amolda-se ao entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 280), no sentido da possibilidade de que seja realizada busca e apreensão pela autoridade policial, mesmo sem autorização judicial, quando se estiver "diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida" [...] (sem destaque no original).

No mesmo sentido: RHC 221540, relator Min. Nunes Marques, julgado em 07/11/2022, DJE em 11/11/2022; e HC 221817, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/10/2022, DJE 04/11/2022.

Pelas razões expostas acima discordamos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que dá azo a práticas racistas e

⁸⁵ Cabe lembrar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou, sob o rito dos recursos repetitivos, a definição se a fuga do acusado ao avistar a guarnição policial configura ou não justa causa apta a validar o ingresso dos agentes em domicílio sem prévia autorização judicial e sem consentimento do morador (Tema 1.163). Não houve, até a presente data, decisão.

discriminatórias a um grupo especialmente vulnerável da população (jovens negros periféricos).

A postura do Supremo parece ir ao encontro de uma concepção substancialista do crime, na qual o objeto de conhecimento não é a conduta previamente descrita, mas uma qualidade imoral ou antissocial do autor (Direito Penal do autor) (FERRAJOLI, 2006, p. 15).

O substancialismo penal se manifesta em medidas de prevenção e de defesa social baseadas em critérios subjetivos, como a mera suspeita e a presunção de periculosidade. Pune-se o indivíduo não em razão do que ele fez, mas sim pelo que ele é.

Por evidente, em um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo da CRFB), não se pode admitir, sequer tolerar práticas estatais que se fundamentam em critérios discriminatórios e arbitrários e que violem franquias constitucionais a todos (frisa-se, *todos*) direcionadas.

4.2.2.4 O consentimento do morador

O consentimento do morador figura, na redação do artigo 5º, XI, da CFRB, como uma causa permissiva de entrada em domicílio alheio.

Enquanto negócio jurídico unilateral, o consentimento deve observar os planos da existência, validade e eficácia, além de não incidir nas hipóteses de defeito elencadas a partir do artigo 138 do Código Civil.

Assim é que a declaração de vontade (elemento de existência) deve ser livre e espontânea e prestada por agente capaz (requisito de validade).

Por liberdade e espontaneidade se extrai que o consentimento deve ser prestado em ambiente imune de qualquer tipo de violência, ameaça ou coação, esta última entendida como a “ameaça ou pressão injusta exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio” (GONÇALVES, 2022, p. 457).

A coação, portanto, se caracteriza pelo emprego da violência psicológica para viciar a vontade (coação moral), impedindo a sua livre manifestação. Trata-se de vício que torna o negócio jurídico anulável (art. 171, II, do CC).

Para se caracterizar como tanto, há de ser tal que incuta ao agente temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens (art. 151 do CC).

É bem o que se verifica na hipótese do consentimento do agente para entrada em domicílio prestado diante de aparato policial armado.

Melhor explicando nas palavras do min. Rogério Schietti (BRASIL, 2021, p. 57):

[...] chega a ser, para dizer o mínimo, **ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados**, nem sempre cordatos na abordagem, **livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência**, ciente, pelo senso comum, do que implica tal situação para a intimidade de um lar.

É daí que a manifestação de vontade prestada em tamanhas condições de hostilidade e intimidação, diante de diversos policiais armados, com comportamento coercitivo ao cercarem o suspeito, em evidente postura de não aceitarem um “não” como resposta, não raras vezes à noite ou madrugada, vicia o ato.

Não há, aí, uma livre e voluntária manifestação de vontade, mas, antes, um consentimento prestado de forma coercitiva e forçada, que pretende, acima de tudo, proteger a própria vida diante do forte aparato policial. E, nesse ponto, rememore-se as ponderações realizadas acima sobre a letalidade policial diante dos “alvos preferenciais”.

Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 76) conclui com ceticismo:

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 feneçada.

A mesma lógica se aplica à alegação de que houve confissão informal aos policiais: soa, no mínimo, inverossímil que alguém, de livre e espontânea vontade, confesse a prática de um crime a agentes públicos que realizarão sua prisão.

Diante dessa ordem de ideias, visando garantir que o consentimento seja prestado validamente, de modo inequívoco, específico e consciente e não contaminado por qualquer truculência ou coerção, é que o Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do HC 598.051/SP passou a exigir fosse realizado

mediante declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso, indicando, sempre que possível, testemunhas do ato e, em todo caso, que a busca domiciliar fosse registrada em mídia audiovisual, através de câmeras corporais do agente de polícia.

Exigências essas que não se vislumbra nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que se satisfaz com a simples alegação, pelos policiais responsáveis pela busca, que houve consentimento do morador⁸⁶.

Concordamos com a *ratio decidendi* do Superior Tribunal de Justiça, mas não com as recomendações realizadas ao final do voto.

Com efeito, pelas razões trazidas acima, é necessário a adoção de providências que tutelem direitos fundamentais de pessoas alvo de operações policiais. O ingresso forçado em moradia alheia atinge todo o núcleo familiar, às vezes formado por pessoas vulneráveis, como crianças e idosos, e cria insegurança jurídica, medo e temor coletivos.

Urge desenvolver um código de conduta que imponha limites à atuação policial que, para ser legítima, precisa observar os ditames legais. Daí a necessidade de serem adotados mecanismos eficazes para balizar a conduta policial e legitimar, processualmente, a diligência de busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial. Caso contrário, a prova será considerada ilícita, assim as demais que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do agente público que tenha realizado a diligência.

É este, pois, o âmbito de atuação do Poder Judiciário em um processo de índole individual: endoprocessual e limitado às partes (artigo 506 do Código de Processo Civil)⁸⁷.

É legítimo e encontra amparo na legislação que se imponha ao Estado, em caso de dúvida, o ônus da prova de demonstrar que o consentimento do morador foi livre e voluntário. Decorre de literal aplicação do artigo 156 do Código

⁸⁶ Vide HC 214039, relator Min. André Mendonça, J: 14/08/2022, DJE: 16/08/2022; ARE 1404231, relator Min. Edson Fachin, J: 10/10/2022, DJE 13/10/2022.

⁸⁷ Consta expressamente do voto-relator do HC n. 598.051/SP que “O Superior Tribunal de Justiça, como já salientado, tem o dever de uniformizar a interpretação da lei federal e zelar pelo respeito aos direitos fundamentais. E a esse escopo é indispensável uma intervenção geral, pro futuro, e não apenas casuística e reativa, como vem acontecendo” (sem destaque no original) (BRASIL, 2019, p. 66).

de Processo Penal: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...]”.

Assim, se o Estado-acusação alega que houve consentimento do morador que, para ser considerado válido e produzir efeitos, deve ser prestado de forma livre e voluntária, incumbe a ele (Estado) provar sua alegação.

E, para tanto, pode fazê-lo através de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos (artigo 369 do Código de Processo Civil), desde que suficientes para atingir o nível de suficiência probatória necessário para considerar a hipótese provada.

Nesse ponto, concordamos com o Superior Tribunal de Justiça quanto à fragilidade do depoimento dos policiais que realizaram a diligência para, por si só, comprovar a validade do consentimento.

Isso porque, em que pese servidores públicos, tratam-se de pessoas diretamente interessadas no resultado da diligência, já que eventual constrangimento ilegal, coação, violência ou qualquer outro ato que possa viciar o consentimento deriva exatamente da conduta do policial que, em um segundo momento, serve como testemunha a conferir contornos de legalidade a esse mesmo consentimento.

Há uma relação de interesse evidente entre o policial e a causa para a qual serve de testemunha. Ao mesmo tempo, há a influência sofrida pelo modus operandi das polícias (e o papel que estas cumprem no sistema punitivo), que atuam reproduzindo as distorções do tecido político que lhe dão causa, abdicando da legalidade que formata a criminalização secundária, o que leva à necessidade de um discurso que distorça os fatos para que se adequem à racionalidade que os tornariam legítimos. Não por outro motivo a realidade nos informa sobre a atuação arbitrária destes órgãos repressivos, com altos índices de abusos de poder e violação dos direitos individuais (ABBOUD e PRATA, 2018).

É preciso compreender, de vez por todas, que o único sujeito imparcial no processo é⁸⁸ o magistrado; todos os demais atores processuais possuem interesse direto no julgamento favorável ou desfavorável a uma das partes. E não seria diferente com os policiais responsáveis pela busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, ainda mais quando o objeto de discussão se trata exatamente da validade do procedimento por eles realizado.

⁸⁸ Ou deveria sê-lo.

Assim é que a simples declaração oral do policial dando conta da existência e da validade do consentimento do morador não é suficiente, por si só, para considerar como provada a hipótese controvertida.

O magistrado, no exercício do livre convencimento motivado, pode exigir outros meios de prova hábeis a comprovar o fato, tais como declaração assinada pelo morador, testemunhas do ato (à exceção dos policiais responsáveis pela diligência), dentre outras.

Até este ponto, a única divergência que se levanta em relação ao Superior Tribunal de Justiça é a exigência, fixada *ex ante* e com pretensão de eficácia *erga omnes*, de que a prova do consentimento *deve ser* feita através de declaração assinada pelo morador⁸⁹, o que, no nosso entender, viola a liberdade de convencimento motivado do magistrado.

Em verdade, essa é uma *possibilidade* que, a critério do julgador e desde que atento às circunstâncias do caso concreto, pode servir, ou não, para formar o convencimento, que deve, a toda evidência, ser motivado e racionalmente controlável.

A maior divergência, contudo, se refere à determinação que a operação seja registrada em áudio-vídeo.

Parece-nos que o Superior Tribunal de Justiça violou a tríplice repartição de poderes, inovou em matéria cuja competência recai sobre o Poder Executivo e, mais uma vez, incidiu em ativismo judicial.

A ideia de separação de poderes, tal qual entendida modernamente, tem como referência histórica original mais consistente as obras de John Locke e Montesquieu. Parte da identificação das principais funções desempenhadas pelo Estado, propondo sejam elas atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si que devem, contudo, atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação institucional.

Como salientam Canotilho e Moreira (1991, p. 71),

“[...] um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos

⁸⁹ *In verbis*: “A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento [...] deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato” (BRASIL, 2021, p. 69).

constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)

Por meio dessa separação ou divisão se pretende limitar o potencial abuso que a concentração de poder em uma única instituição poderia acarretar, evitando, assim, arbítrios e assegurando a liberdade e os direitos dos indivíduos (BARCELLOS, 2023, p. 321-322).

Para tanto, a Constituição da República consagra um complexo mecanismo de controle recíproco entre os Poderes, de forma que, ao mesmo tempo que um poder controla os demais, é por estes controlado. Trata-se do sistema de freios e contrapesos.

Assim é que, no desenho constitucional, compete precipuamente ao Poder Legislativo as funções de legislar e fiscalizar; ao Poder Executivo, a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração; e ao Poder Judiciário, julgar, dizendo o direito no caso concreto, e guardar a Constituição.

Nessa linha, o aparelhamento das forças policiais com *bodycams* insere-se no campo da formulação e implementação de política pública voltada à segurança, atribuição típica dos Poderes Executivo e Legislativo.

Não compete ao Poder Judiciário impor unilateralmente obrigações não pautadas em lei aos demais Poderes, sobretudo quando envolve realocação de investimentos e reestruturação de política pública em todos os níveis federativos, desconsiderando as prioridades estabelecidas em cada unidade da Federação que possuem realidades distintas. Mais que isso. Desconsiderando o orçamento de cada Estado-Membro e as dificuldades encontradas em um período pós-pandêmico e de instabilidade econômica a nível global.

Mais que isso.

Ao fixar o exíguo prazo de 12 meses para implementação de política pública complexa, que envolve a aquisição de equipamentos com custo elevado, treinamento de pessoal e demais providências, parece-nos que o Superior Tribunal de Justiça invadiu o espaço de poder e de discricionariedade reservado ao Poder Executivo.

Nas palavras do Min. Alexandre de Moraes, “em que pese a boa vontade em defesa dos direitos e garantias fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça inovou no exercício de sua função jurisdicional” (RE1.447.374). E inovou, frisa-se, através do julgamento de um caso individual - que possui efeitos *inter partes* -, em que pese a Corte da Cidadania tenha atribuído eficácia *erga omnes, pro futuro* e com pretensa força vinculante⁹⁰ (sem sequer se tratar das hipóteses previstas no artigo 927 do CPC).

Vale rememorar que cabe, precipuamente, ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação (e não criação) da lei federal, não sendo do nosso conhecimento a existência de norma, inclusive a nível infralegal, que condicione a validade do consentimento prestado pelo morador ou a legalidade da diligência de busca e apreensão à gravação audiovisual.

Por evidente, é preferível e recomendável que as forças de segurança pública sejam equipadas com câmeras corporais que possibilitem o registro integral da operação policial. Essa cautela permite uma dupla proteção: do suspeito sobre quem recai a diligência de busca, que terá seus direitos garantidos pela intimidação a abusos por conta da gravação; e dos policiais, contra quem falsas acusações de prática de violência e ameaça são levantadas. Permite, ainda, avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando levantado o consentimento do morador, se foi ele prestado livremente.

Não obstante isso, a decisão de aquisição desses equipamentos trata-se de ato discricionário da Administração Pública, cujo juízo de conveniência e oportunidade lhe é reservado. É tradicional a lição que não compete ao Poder Judiciário o controle do mérito do ato administrativo discricionário:

Com efeito, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Executivo (e sobre os atos administrativos praticados pelo Legislativo) é, sempre, um controle de legalidade e legitimidade. Se o Judiciário entender que o ato é ilegal ou ilegítimo, promoverá a sua anulação, nunca a sua revogação, porque esta se refere a juízo de oportunidade e conveniência administrativas, concernente a atos discricionários, e não à apreciação da validade do ato (MARCELO ALEXANDRINO, 2017, p. 955).

⁹⁰ Mais uma vez se extrai de forma expressa no julgamento do HC n. 598-051/SP: “Sob essa perspectiva, **preventiva de futuros atos de violação a direito de terceiros**, mostra-se necessária e urgente a comunicação imediata desta decisão colegiada aos governos estaduais, para que providenciem treinamento e condições materiais a seus agentes de segurança pública, de modo a que possam observar as regras constitucionais densificadas no presente julgado” (BRASIL, 2019, p. 66) – com destaque no original.

É a luz dessas premissas que concordamos com o Superior Tribunal de Justiça ao exigir o preenchimento de certas formalidades para a comprovação do consentimento do morador (em que pese entendermos que compete ao magistrado condutor do caso concreto definir quais), finalidade para a qual a prova oral isolada (declarações policiais) é demasiada frágil. Mas discordamos da conclusão final que obriga seja a operação registrada por áudio-vídeo⁹¹.

Daí porque, pelas mesmas razões, discordamos do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que não faz qualquer exigência para a comprovação do consentimento do morador e se satisfaz com o valor probatório atribuído à palavra dos policiais responsáveis pela diligência.

4.2.3 Afinal, o que se considera fundadas razões?

Em artigo de opinião publicado no periódico *Conjur* ainda no ano de 2015, o juiz Thiago Baldani Gomes de Filippo ponderou que, no julgamento do RE 603.616,

[...] o STF perdeu uma oportunidade excelente para estabelecer parâmetros mais seguros à atividade policial, já que a expressão “fundadas razões” é polissêmica e, na prática, corre-se o risco de encerrar noção meramente retórica, incapaz de inibir ações potencialmente abusivas.

Com efeito, mesmo após oito anos da fixação do Tema 280 em repercussão geral, não há consenso jurisprudencial, sequer internamente em cada Tribunal, acerca do que se considera fundadas razões.

Em outras palavras, decorrido quase uma década da exigência que a entrada sem mandado judicial só seria legítima se demonstrada fundadas razões de prática delitiva em flagrante no interior do domicílio, não se tem estabelecido, seguramente, quais os parâmetros para tanto. É dizer, qual o *standard* probatório concretamente exigido pelos Tribunais Superiores a justificar a entrada forçada em domicílio nas hipóteses de flagrante delito.

Exemplificaremos a dubiedade a que estamos referindo.

No julgamento do HC 216181, o Min. André Mendonça entendeu que a existência de mandado de prisão em aberto de suspeito foragido da justiça

⁹¹ Juiz não é semideus; juiz não é super-herói; juiz não é justiceiro ou combatente. Os rumos de recentes operações que tiveram a figura do juiz enquanto protagonista deveriam servir de alerta à figura do “juiz Hércules”, seja sob qual pretexto for.

envolvido com tráfico de drogas configura justa causa para a entrada forçada em domicílio⁹². No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes no julgamento dos HC 216185 e RHC 210188.

Em sentido diametralmente oposto, o Min. Antônio Saldanha Palheiro, no julgamento do HC n. 695.457/SP, entendeu que “o cumprimento de mandado de prisão não justifica a realização de busca na residência do agente, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea do réu”.

Segundo o ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 221817, a fuga consiste em fundadas razões para ingresso forçado em domicílio. Ao passo que, segundo o ministro Ribeiro Dantas (AgRg no HC n. 771.129/RS), “essa circunstância (fuga) não é suficiente para legitimar o ingresso forçado de policiais em domicílio ainda que sob suspeita da prática de crimes permanentes”.

Para o ministro Luiz Fux, considera-se justa causa o trinômio denúncia anônima aliada ao fato de o sujeito ser conhecido no meio policial e apresentar comportamento suspeito (RHC 222287). Em sentido oposto, o ministro Antônio Saldanha Palheiro, no julgamento do AgRg no AgRg no AREsp n. 2.105.826/GO, entendeu que meras denúncias anônimas aliadas a comportamento suspeito não justificam a entrada forçada em domicílio.

O Supremo Tribunal Federal, em precedente relatado pelo ministro Alexandre de Moraes (HC 212209/SC), confirmou condenação baseada no fato de os agentes policiais terem sentido forte odor de maconha oriundo da residência (sem maiores considerações a respeito) e, a partir daí, adentrado no domicílio. No mesmo sentido foi o entendimento da ministra Rosa Weber, no julgamento do RHC 213547.

De outro lado, em extenso voto proferido no HC n. 697.057/SP, o ministro Rogério Schietti ponderou que essa circunstância é revestida de alto grau de subjetivismo e o simples relato dos policiais nesse sentido, desprovido

⁹² In verbis: “[...] cumpre ressaltar que o ingresso dos policiais na casa dos pacientes se deu em vista de informações de que um deles estava envolvido com o tráfico de drogas, encontrando-se foragido, conforme assentou o Tribunal de Justiça ao julgar a apelação. [...] A par desse aspecto, não se vislumbraria a ilegalidade arguida, considerada a licitude do ingresso em residência em casos de flagrante delito, por ser permanente o crime de tráfico de drogas, no núcleo do tipo ‘ter em depósito’” (BRASIL, 2022, p. 6-7).

de qualquer outra justificativa mais elaborada, não configura o elemento "fundadas razões" necessário para o ingresso no domicílio do réu.

O Supremo Tribunal Federal entende que a apreensão de drogas em busca pessoal configura justa causa para entrada forçada em domicílio⁹³, posicionamento este que, em geral, o Superior Tribunal de Justiça refuta⁹⁴.

A divergência de entendimentos se verifica também internamente em cada Tribunal.

Com efeito, nos julgamentos da Rcl 55520, relatada pelo ministro André Mendonça⁹⁵, e do HC 207051, relatado pelo ministro Nunes Marques⁹⁶, a denúncia anônima consistiu no único substrato fático que embasou a entrada forçada em domicílio. Em sentido oposto, nos julgamentos do RE 1405285, relatado pelo ministro Dias Toffoli, RE 1400204, relatado pelo ministro Edson Fachin, e RE 1356180, relatado pela ministra Rosa Weber, foi averbado que a denúncia anônima não permite, por si só, a entrada em domicílio sem autorização judicial.

A ministra Carmen Lúcia asseverou, no julgamento do RE 1344376/PE, que o comportamento suspeito não configura justa causa para invasão de domicílio. Não obstante, o ministro Dias Toffoli, no julgamento do RHC 217287, ratificou a conclusão lançada pelas instâncias ordinárias que “um indivíduo suspeito, em lugar suspeito, fugiu da polícia em direção a imóvel suspeito, porque apontado como boca de fumo”, o que legitimou a entrada em domicílio.

No julgamento da Rcl 55184, o ministro Gilmar Mendes entendeu que “o argumento de admissão do acusado de armazenamento de drogas no interior de sua residência e do ingresso autorizado não se mostra verossímil sem um robusto arcabouço probatório a embasar a tese”, afastando a presença da justa causa.

⁹³ Por todos: RHC 219955, Rel. Min. André Mendonça, julgado em 12/11/2022.

⁹⁴ Por todos: AgRg no REsp n. 1.994.151/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2022, DJe 19/08/2022.

⁹⁵ *In verbis*: “[...] que partiram para averiguar o teor da denúncia recebida; que chamaram na porte do imóvel; que demorou para que a polícia fosse atendida; que, após insistirem, adentraram no imóvel e realizaram buscas [...]” (BRASIL, 2022, p. 6-7).

⁹⁶ *In verbis*: “Com efeito, pelo que se infere dos autos, a intervenção policial foi procedida de informações que apontavam o imóvel, palco das diligências, como ponto de armazenamento de drogas. Ali chegando, os policiais tentaram manter contato com os ocupantes do imóvel. A ausência de respostas teria, a princípio, reforçado o quadro de suspeita de prática delituosa, razão pela qual os policiais ingressaram no imóvel” (BRASIL, 2022, p. 2-3)

Ocorre que, no julgamento do RHC 218670/SP, o próprio ministro Gilmar Mendes confirmou condenação que se fundamentou na confissão informal do suspeito e autorização para ingresso no domicílio à polícia. Seguindo a mesma linha é o que se depreende do julgamento do ARE 1398034 AgR/SP, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski.

A divergência interna também se verifica perante o Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do HC 674037/SP, o ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDFT) manteve condenação embasada apenas no relato policial quanto ao consentimento do morador para ingresso na residência. Não obstante, conforme demonstrado no item 4.2.2.4, o posicionamento que prevalece perante o Superior Tribunal de Justiça é quanto à fragilidade da prova oral (depoimento dos policiais) para comprovar essa circunstância, que exige declaração assinada do morador, além de gravação audiovisual da diligência.

No julgamento do AgRg no HC n. 703.691/SP, o ministro João Otávio de Noronha considerou que o trinômio denúncia anônima, comportamento suspeito e confissão informal aos policiais justificam a entrada forçada em domicílio. Em sentido diametralmente oposto, o ministro Antônio Saldanha Palheiro, no julgamento do AgRg no AgRg no AREsp n. 2.105.826/GO que envolvia denúncia anônima, seguida de atitude suspeita e confissão informal do suspeito, concluiu pela anulação da diligência por não figurar justa causa.

Por sua vez, no julgamento do AgRg no HC n. 759.698/SE, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca ponderou a licitude da entrada forçada em domicílio embasada na prévia apreensão, em busca pessoal, de entorpecentes em poder da acusada. Ocorre que o mesmo ministro, no julgamento do AgRg no HC n. 727.811/RS, declarou a ilicitude da entrada em domicílio após a localização de drogas em busca pessoal.

No julgamento do AgRg no AREsp n. 2.063.631/MG, o ministro Ribeiro Dantas entendeu que o binômio denúncia anônima e fuga é suficiente para configurar fundadas razões; ao passo que no julgamento do AgRg no HC n. 776.859/SP, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca sustentou que “a denúncia anônima indicando o paciente como traficante [...], bem como a suspeita policial em razão do suposto nervosismo do acusado que teria fugido para dentro de

casa ao avistar a guarnição policial [...]” não configuram o elemento fundadas razões a autorizar o ingresso no domicílio.

Vê-se, pois, que não há consenso entre os Tribunais Superiores, sequer internamente, quanto aos elementos fáticos que concretizam a *probable cause* para entrada forçada em domicílio.

É possível, contudo, vislumbrar em linhas gerais que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento mais flexível quanto ao preenchimento desse *standard* probatório, de modo que diminui o nível ou a métrica probatória. Uma vez mais, em alusão à metáfora de Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa, o sarrafo, do salto com vara, é posicionamento em baixa altura.

Com efeito, da análise dos julgados proferidos pela Suprema Corte, é possível concluir que se configura fundadas razões para entrada forçada em domicílio (a) a apreensão de drogas em busca pessoal/veicular; (b) a fuga e/ou comportamento suspeito; (c) a confissão informal aos policiais; (d) o consentimento do morador (que se prova mediante declaração dos policiais); (e) a existência de mandado de prisão em aberto; (f) a realização de campanhas e monitoramento prévio; (g) a abordagem de usuários.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, tais circunstâncias isoladamente tem o condão de configurarem *probable cause* e, com maior razão, quando conjugadas entre si ou com outros elementos, tais como denúncia anônima + dispersão de drogas + confissão informal ou atitude suspeita + fuga + consentimento do morador.

Perante o Superior Tribunal de Justiça se verifica posição diversa quanto à métrica probatória.

A Corte da Cidadania se vale de *standards* negativos para afastar a presença da justa causa. É dizer, na grande maioria dos acórdãos, verifica-se conclusões sobre o que *não se considera* fundadas razões. E, pela análise dos julgados do ano de 2022, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça tem definido um *standard* probatório bastante elevado para a possibilidade de restrição do direito fundamental aqui abordado.

Assim é que não se considera fundadas razões (a) a mera denúncia anônima; (b) a fuga e/ou comportamento suspeito; (c) a localização de drogas em busca pessoal/veicular; (d) a confissão informal aos policiais; (e) o cumprimento de mandado de prisão por fato distinto; (f) o consentimento do

morador quando amparado apenas na palavra dos policiais; (g) a visualização, pelo lado externo da residência, da existência de drogas.

Soma-se, a isso, que o Superior Tribunal de Justiça ainda agrega a necessidade de presença de situação que imponha urgência de cessação para a restrição da inviolabilidade domiciliar. Caso contrário, o caminho é a obtenção de um mandado judicial de busca e apreensão domiciliar.

5 CONCLUSÃO

Direitos fundamentais representam posições jurídicas positivadas pela ordem constitucional que concretizam o supraprincípio da dignidade da pessoa humana.

São prerrogativas que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna e livre. No qualificativo *fundamentais* reside a indicação de que se tratam de situações jurídicas essenciais, sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive (SILVA, 2005, p. 178).

Enquanto direito fundamental que é, a inviolabilidade domiciliar tutela a intimidade e a vida privada, salvaguardando o espaço íntimo intransponível por ingerências externas.

Trata-se, assim, de posição jurídica que garante ao indivíduo a proteção da casa enquanto asilo inviolável, permitindo a existência de uma esfera privada e íntima para o livre desenvolvimento da personalidade.

Ocorre que, à luz da teoria externa dos direitos fundamentais, a inviolabilidade do domicílio é passível de afetação. E, por opção do constituinte, a afetação em questão se dá a nível constitucional através de cláusulas restritivas: flagrante delito, desastre, prestação de socorro e determinação judicial.

Com efeito, o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar encontra limite na situação de flagrante delito, hipótese em que o agente pode adentrar na residência a qualquer hora, independentemente de autorização judicial.

Mas, para tanto, exige-se o preenchimento de um modelo probatório próprio que indique a probabilidade de flagrante delito previamente à entrada forçada. Aqui se insere a temática dos *standards* probatórios, entendidos como

níveis ou critérios de suficiência probatória para que se possa considerar comprovada uma hipótese fática.

Os *standards* probatórios representam modelos de constatação que orientam a análise da prova pelo magistrado, permitindo o controle lógico e intersubjetivo da convicção judicial sobre os fatos (KNIJNIK, 2001, p. 33).

Segundo Ravi Peixoto (2021, p. 596), possuem tríplice função: a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas; c) distribuição dos riscos de erro.

Em relação à primeira, os *standards* de prova permitem a minoração da incerteza nos julgamentos sobre os fatos ao servirem de guia de atuação dos sujeitos processuais. Somente se as partes conhecem o umbral de suficiência probatória é que poderão tomar decisões racionais no contexto processual.

Do ponto de vista do julgador, oferecem diretrizes para a valoração da prova no contexto da decisão sobre os fatos em litígio. Daí a função heurística de servirem de guia objetivo para a tomada de decisão fática.

A terceira função revela uma escolha de valores, considerando as preferências sociais para o atingimento de determinados objetivos que se pretenda dar primazia. Ao distribuir o risco de erro de decisões através de uma menor ou maior exigência probatória dá-se preferência de proteção a um ou outro valor jurídico.

Na tradição jurídica brasileira, aos poucos a temática dos *standards* probatórios vem ganhando visibilidade doutrinária e jurisprudencial.

Gustavo Badaró, a título exemplificativo, apresenta uma formulação original sobre o *standard* probatório aplicável à sentença penal condenatória⁹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, entende que a sentença condenatória se submete ao BARD (certeza além de qualquer dúvida razoável), a decisão de pronúncia à elevada probabilidade (prova clara e convincente) e o recebimento da denúncia à preponderância das provas⁹⁸.

⁹⁷ Rememore-se: a) elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) ausência de elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação (2023, p. 269).

⁹⁸ Conforme REsp 2.091.647, relatado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Nesse cenário é que o presente trabalho tratou de investigar o *standard* probatório capaz de justificar a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito de crime permanente.

E, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que o modelo probatório em questão consiste na *probable cause* ou fundadas razões. É dizer, exige-se a presença de elementos objetivos e individualizados que levem a crer que, no interior do domicílio, um flagrante delito esteja em andamento.

De modo a definir concretamente esse modelo de constatação - e não apenas de forma teórica e abstrata - é que se deu a análise crítica de jurisprudência dos Tribunais Superiores.

E, nessa linha, constatou-se divergências.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento mais flexível quanto ao preenchimento desse *standard* probatório, de modo que diminui a exigência ou métrica probatória.

Com efeito, da análise dos julgados proferidos pela Suprema Corte, é possível concluir que se configura fundadas razões para entrada forçada em domicílio em hipótese de flagrante delito: (a) a apreensão de drogas em busca pessoal/veicular; (b) a fuga e/ou comportamento suspeito; (c) a confissão informal aos policiais; (d) o consentimento do morador (que se prova mediante simples declaração dos policiais); (e) a existência de mandado de prisão em aberto; (f) a realização de campanhas e monitoramento prévio; (g) a abordagem de usuários.

Posição distinta se verifica perante o Superior Tribunal de Justiça, que se vale de *standards* negativos para afastar a presença da justa causa, além de elevar o nível de exigência probatória para que hipótese fática seja considerada provocada.

Assim é que *não* se considera fundadas razões (a) a mera denúncia anônima; (b) a fuga e/ou comportamento suspeito; (c) a localização de drogas em busca pessoal/veicular; (d) a confissão informal aos policiais; (e) o cumprimento de mandado de prisão por fato distinto; (f) o consentimento do morador quando amparado apenas na palavra dos policiais; (g) a visualização, pelo lado externo da residência, da existência de drogas.

Soma-se a isso que o Superior Tribunal de Justiça agrega o requisito da urgência a justificar a entrada forçada em domicílio na hipótese de flagrante delito. Requisito esse que o Supremo Tribunal Federal não exige.

Diante de tal cenário, conclui-se que os Tribunais Superiores partem de um mesmo *standard* probatório (fundadas razões) para legitimar o ingresso forçado em domicílio nos casos de flagrante delito de crime permanente. Entretanto, a concretização, em termos práticos, desse modelo probatório é essencialmente distinta: o Supremo Tribunal Federal contenta-se com elementos de juízo frágeis e, não raro, isolados; o Superior Tribunal de Justiça exige a robustez de um conjunto de juízo que se pode equiparar, até mesmo, àquele necessário a uma sentença condenatória.

Premissas fáticas que satisfazem o *standard* probatório segundo o Supremo Tribunal Federal não são suficientes segundo o Superior Tribunal de Justiça. A divergência às vezes é encontrada até mesmo internamente em cada Tribunal.

Esse cenário fragiliza a estabilidade e a coerência do sistema, gerando insegurança jurídica a todos os atores envolvidos, direta ou indiretamente, em uma busca e apreensão sem autorização judicial.

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (artigo 926 do CPC), de modo que entendemos ser urgente a adoção comum pelas Cortes de parâmetros objetivos e seguros (e não meramente retóricos) que legitimem a entrada forçada em domicílio nos casos de flagrante delito de crime permanente.

Um modelo concreto, objetivo, claro e que conte com aderência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça possibilitará previsibilidade e controle de operações policiais, ao mesmo tempo em que permitirá a efetiva e premente garantia dos direitos fundamentais de todo (frisa-se, *todo*) ser humano, sem distinções que violem a premissa democrática e que importem em discriminações.

Apenas assim é que se vislumbra campo fértil para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicole. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABELLAN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Lívia Moscatelli, Caio Baradó Massena; coordenação científica da tradução Janaina Matida – 1 e. – Rio de Janeiro : Marcial Pons, 2022.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 5 ed. São Paulo: RT, 2018.

_____. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. **STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

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

ANDRADE, Flávio da Silva. **STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte. 2021.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987

AVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. **A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. _____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

_____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

_____. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora RT, 2003.

_____. **Processo Penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasl, 2023.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007, p. 161-185. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização da vida, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, vol 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. E. Dumont (org.). Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta Ediciones jurídicas Europa-América, 1971.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção: standards de prova e devido processo**. Tradução Vitor de Paula Ramos. – 2. ed., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

_____. **Valoração Racional da prova**. Tradução Vitor de Paula Ramos. – 2. Ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1967.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 671177 / RS.** Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101706680&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 759140 / ES.** Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202319597&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 757108 / PE.** Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202216612&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 692664 / RS.** Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102909456&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 598.051/SP.** Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe

de 15/3/2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23.595**. Relator: CELSO DE MELLO DJ de 01-2-2000, Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho80775/false>. Acesso 21 de janeiro de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 225436**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 31/03/2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357184515&ext=.pdf>. Acesso 21 de janeiro de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 90376**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>. Acesso 05 de maio de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 603616**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso 20 de abril de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1358185**, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16-05-2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349665572&ext=.pdf>. Acesso 21 de janeiro de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753158094>. Acesso 20 de abril de 2023

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário em Habeas Corpus n. 213142**. Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 05-12-2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352739414&ext=.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **Das provas no processo penal**. Trad. de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. v. 2. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000.

DELMANTO, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Editora Saraiva, 2019.

_____. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.1.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

DINIZ, Maria H. **Dicionário jurídico universitário**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022.

DUARTE, Evandro Piza; MEDEIROS, Felipe Rocha de; SIQUEIRA, Flaviane Montalvão. As hipóteses de busca e apreensão sem mandado nos casos de tráfico de drogas (crimes permanentes): o sistema constitucional americano de garantias contra as buscas não razoáveis e o recurso extraordinário (RE) 603616 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p.2027-2054, 2020. DOI: 10.12957/rqi.2020.45898. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/45175/36668>. Acesso em 16 de outubro de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Bari: Laterza, 2006.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bem fundamentais**. 3. Tir. – Porto Alegre : Livraria do Avogado Editora. 2021.

_____. **A democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. de Alexander Araújo de Souza – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773763.

_____. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 1, 1993.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. **Criminal evidence: principles and cases**. 8th ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2013.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 7th Ed. Saint Paul: West Group, 1999.

GIUSTI, Gilberto. O.J. Simpson. *In*: NEVES, José Roberto de Castro (org.). **Os grandes julgamentos da história**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

GOMES, Lúza Guimarães Campos Batista. **Bard: De Critério Técnico a Recurso Honorífico** – São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. Ed. Malheiros. 1993.

HARARI, Yuval Noah. **Uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio – 33 ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2018.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, p. 15–52, jan./fev., 2001.

LAGIER, Daniel Gonzáles. **Quaestio Facti: ensaios sobre prova, causalidade e ação**. Tradução Luis Felipe Kircher; revisão e coordenação Vitor de Paula Ramos – São Paulo : Editora Juspovim, 2022.

LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (presentación y aporte de Edgar R. Aguilera García)**. Buenos Aires: Hamurabi, 2011.

_____. **Verdad, error y proceso penal**. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEUBSDORF, John. **The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof**, 67 Fla. L. Rev. 1569. 2016. Disponível em <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=flr>. Acesso 20 de junho de 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: das origens a escola histórica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1, pg. XXIX.

LÓPEZ, Emilio Mira Y. **Manual de Psicologia Jurídica**. Campinas: Servanda, 2016.

Lopes Jr., Aury. **Direito processual penal** – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. MACHADO Raquel Cavalcanti Ramos. Prova e verdade em questões tributárias. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB**. Lisboa, nº 2, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil : teoria do processo civil**, volume 1 [livro eletrônico] - 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

MATIDA, Janaína. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____ ; ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>> Acesso em 20 de abril de 2023.

_____ ; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 156, ano 27, p. 221-248. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000.

MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, n. 3, p. 1.631-1.668, set./dez. 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/FbPMLdhn8QC4FjF8JrPH4Rz/>. Acesso 30 de outubro de 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial**. 7 ed. São Paulo: RT, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MELO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. ampl. e atual. até a EC 27/85. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 11 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS DA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria Geral dos Recursos**. 7 ed. São Paulo: RT, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extramoral**. Trad. Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**.: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559643691.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito– 2020.

_____. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Maio a Agosto de 2021. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59569/37741>. Acesso 15 de outubro de 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559773060.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, n. 224, out. 2013.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

RIVERA MORALES, Rodrigo. **La prueba: un análisis racional y práctico**. Madri: Marcial Pons, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tradução da 2ª edição por Diego -Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Disponível em: Minha Biblioteca, (11th edição). Editora Saraiva, 2022.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial. **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial#:~:text=Nessa%20perspectiva%2C%20%20C3%A9%20de%20se,drog as%20ou%20pelo%20menos%20indicativos> > Acesso em 20 de abril de 2013.

_____; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba**, v. 14, n. 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SIDOU, J. M. O. **Dicionário Jurídico**. 11ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2016.

SILVA, Ariane Floriano da. ÁVILA, Gustavo Noronha de. O estigma do jovem morador da periferia: um rolezinho criminológico sobre o preconceito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 31, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Viviane Ghzoni da; MELO E SILVA, Philippe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema no processo penal**. 2. rd. – Florianópolis : Emais, 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica diante da relação ‘regra-princípio’ e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. **Revista brasileira de ciências criminais**. v. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241-266.

_____. Cada cabeça, uma sentença e a tese do espantalho. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/senso-incomum-cada-cabeca-sentenca-tese-espantalho>. Acesso em 07 de agosto de 2023.

_____ ; RAATZ, Igor. DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 22 - n. 2 - mai-ago 2017.

_____ ; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

SCHAWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: na experimete from potente law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Volume 26, Number 2 Spring 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte n.32; p.87-106; maio/ago. 2017.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1 ed – São Paulo : Marcial Pons, 2014.

_____. **Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos**. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e stop and frisk na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense. **Revista de Direito Brasileira** | Florianópolis, SC | v. 24 | n. 9 | p.341-364 | Set./Dez. 2019.

_____. Índícios Razoáveis, Fundada Suspeita, Fundadas Razões? Uma Proposta de Standard Probatório para Medidas Investigativas Invasivas. **Coleção Justiça Criminal na ótica dos juízes brasileiros** [livro eletrônico] : vol. 2 / Rogerio Schietti Cruz, Américo Bedê Júnior e Guilherme Madeira Dezem, Coordenação. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023.

_____. **Liberdade e Suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Brasília. 2017.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil v.1: **Teoria Geral do processo e Processo de Conhecimento**. 10ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial**. Londres: Yale University Press, 2008. Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/185/Whitman__Origins_of_Reasonable_Doubt1.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 04 de agosto de 2023.