Rômulo Moreira: STF enfim acerta quanto à inviolabilidade de domicílio

Surpreendeu-nos, de forma extremamente positiva, a decisão tomada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "policial só pode entrar na casa de alguém se tiver mandado judicial de busca e apreensão ou se houver fundadas razões de que ocorre flagrante delito no local". A decisão ocorreu quando do julgamento do Habeas Corpus 138.565, relator ministro Ricardo Lewandowski.

No caso concreto, "um homem que teve sua residência em Americana (SP) vasculhada por policiais civis sem ordem da Justiça. A polícia relatou ter encontrado 8 gramas de crack e 0,3 gramas de cocaína, e determinou a prisão em flagrante do sujeito pela acusação de tráfico de drogas. Em julho de 2016, policiais civis que executavam operação contra o tráfico em Americana (SP) suspeitaram que o réu estaria filmando a ação policial. Com esse argumento, abordaram o homem e, na sequência, sem a existência de mandado judicial, fizeram busca na sua residência, ocasião em que encontraram a droga.

No voto, o Ministro Ricardo Lewandowski "lembrou que um dos princípios mais sagrados da Constituição Federal (artigo 5º, XI) estabelece a casa como asilo inviolável do cidadão. Em casos como esse, os policiais costumam dizer que foram “convidados” a entrar na casa. Evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja vasculhada.”

Acompanharam o relator os ministros Edson Fachin e Celso de Mello. De acordo com o decano do Supremo Tribunal Federal, "os policiais agiram irritados pelo fato de estarem sendo filmados durante o desenvolvimento da operação: não vivemos em um regime ditatorial onde esse tipo de comportamento do cidadão é proibido."

Ainda segundo o ministro Celso de Mello, "a busca sem mandado judicial só seria justificada por uma fundada suspeita da prática de crime, o que não se verificou no caso, revelando assim a ocorrência de flagrante ilicitude que resultou na instauração de persecução criminal, pois ninguém pode ser investigado ou denunciado, processado, e muito menos condenado, com base em provas ilícitas”.

Esta decisão resgata um pouco as várias outras desastradas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal.

Com efeito, diz a Constituição 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.” [1] Ademais, dispõe serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos.”[2]

Aliás, "desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental".[3]

Em consonância com a Constituição, o artigo 157 do Código de Processo Penal dispõe serem "inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais', bem como aquelas 'derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras". Neste ponto a lei tratou não somente das provas ilícitas, como também das chamadas provas ilícitas por derivação, baseadas na doutrina do *fruit of the poisonous* ou *the tainted fruit*, o que já era, na doutrina nacional, uma ideia mais ou menos pacífica.[4] Esta disposição é válida tanto em relação às provas ilícitas como às ilegítimas, para quem as diferencia.[5]

A propósito, Marco Antônio Garcia de Pinho afirma que "a questão das provas ilícitas por derivação, isto é, aquelas provas e matérias processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida é, sem dúvida, uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência. Trata-se da prova que, conquanto isoladamente considerada possa ser considerada lícita, decorra de informações provenientes da prova ilícita. Nesse caso, hoje, nossos tribunais vêm tomando por base a solução da *Fruits of the Poisonous Tree*, adotada pela US Supreme Court. Esse entendimento, na doutrina pátria, é adotado, dentre outros autores, por Grinover e Gomes Filho. Já Avolio, também tratando com maestria sobre o assunto, concluiu não ser possível a utilização das provas ilícitas por derivação no nosso direito pátrio. Há pouco mais de dez anos, em maio de 1996, o STF confirmou sua posição quanto à inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, posicionamento, hoje, ainda mais pacífico tendo à frente a ministra Ellen Gracie e os ministros como Gilmar Mendes, Peluzo e Joaquim Barbosa. A prova ilícita por derivação se trata da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu ou derivou de outra prova, tida por ilícita. Assim, a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a também ilícita. É tradicional a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos "Frutos da Árvore Envenenada" — *Fruits of the Poisonous Tree* — que explica adequadamente a proibição da prova ilícita por derivação."

Esclarece este mesmo autor "que se sustenta um argumento relacional, ou seja, para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição sine qua non e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência da referida ilegalidade originária. Estabelecida a relação, decreta-se a ilegalidade. O problema é análogo, diga-se, ao direito penal quando se discute com profundidade o tema do nexo causal. É possível que tenha havido ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido suficientemente em algum momento de modo a se fazer possível a admissão de determinada prova porque não alcançada pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente."[6]

Ora, o processo penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser "algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial."[12] Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o "devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir."[13]

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia[14]. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Como afirma Ada Pelegrini Grinover, "o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. (…) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e consequentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem."[15]

Notas e referências:
[1] Art. 5º., XI, da Constituição Federal.

[2] Art. 5º., LVI, da Constituição Federal.

[3] Godoy, Arion Escorsin de; Costa, Domingos Barroso da. *Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga.* http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/288-247—junho-2013. Acesso em 18 de julho de 2014.

[4] A respeito confira-se a obra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação Telefônica*, São Paulo: RT, 1997.

[5] Ada, Scarance e Magalhães Gomes, por exemplo, esclarecem que "quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida." (*As Nulidades no Processo Penal*, São Paulo: Malheiros, 5ª. ed., 1996, p. 116).

[6] *Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal*, http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917

[7] *Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade*, www.paranaonline.com.br, 22/06/2008.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[8] Sobre mandado de segurança em matéria criminal, veja-se o nosso *Direito Processual Penal*, Salvador: JusPodivm, 2008.

[9] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Reforma do Código de Processo Penal – Provas* (Disponível em: <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 30 out. 2014.)

[10] *Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga*. http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/288-247—junho-2013. Acesso em 18 de julho de 2014.

[11] *O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares.* http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5199-O-consentimento-e-a-situação-de-flagrante-delito-nas-buscas-domiciliares. Acesso em 29 de novembro de 2014.

[12] *Direito, Poder, Justiça e Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

[13] Idem, p. 69.

[14] Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, "(…) a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto." (*Dicionário de Política*, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).

[15] *Liberdades Públicas e Processo Penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

Date Created
30/04/2017

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.