

RÃ´mulo Moreira: STF enfim acerta quanto Ã inviolabilidade de domicÃlio

Surpreendeu-nos, de forma extremamente positiva, a decisÃo tomada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "policia! s3o pode entrar na casa de algu3m se tiver mandado judicial de busca e apreens3o ou se houver fundadas raz3es de que ocorre flagrante delito no local". A decis3o ocorreu quando do julgamento do Habeas Corpus 138.565, relator ministro Ricardo Lewandowski.

No caso concreto, "um homem que teve sua resid4ncia em Americana (SP) vasculhada por policiais civis sem ordem da Justi3a. A pol3cia relatou ter encontrado 8 gramas de crack e 0,3 gramas de coca3na, e determinou a pris3o em flagrante do sujeito pela acusa3o de tráfico de drogas. Em julho de 2016, policiais civis que executavam opera3o contra o tráfico em Americana (SP) suspeitaram que o r3u estaria filmando a a3o policial. Com esse argumento, abordaram o homem e, na sequ4ncia, sem a exist4ncia de mandado judicial, fizeram busca na sua resid4ncia, ocasi3o em que encontraram a droga.

No voto, o Ministro Ricardo Lewandowski "lembrou que um dos princ3pios mais sagrados da Constitui3o Federal (artigo 5º, XI) estabelece a casa como asilo inviolável do cidad3o. Em casos como esse, os policiais costumam dizer que foram "convidados" a entrar na casa. Evidentemente que ningu3m vai convidar a pol3cia 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 opera3o: n3o vivemos em um regime ditatorial onde esse tipo de comportamento do cidad3o 3 proibido."

Ainda [segundo](#) o ministro Celso de Mello, "a busca sem mandado judicial s3o seria justificada por uma fundada suspeita da prát!ca de crime, o que n3o se verificou no caso, revelando assim a ocorr4ncia de flagrante ilicitude que resultou na instaura3o de persecu3o criminal, pois ningu3m pode ser investigado ou denunciado, processado, e muito menos condenado, com base em provas il3citas".

Esta decis3o resgata um pouco as v3rias outras desastradas decis3es do Supremo Tribunal Federal em mat4ria criminal.

Com efeito, diz a Constitui3o que "a casa 3 asilo inviolável do indiv3duo, ningu3m nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determina3o judicial." [1] Ademais, disp3e serem "inadmiss3veis, no processo, as provas obtidas por meio il3citos." [2]

Ali3s, "desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de pris3o em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, n3o h3 uma situa3o de flagr4ncia comprovadamente constatada antes da invas3o de domic3lio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Por3m, como em um passe de m3gica juridicamente insustentável, por uma convalida3o judicial, a apreens3o de objetos ou subst4ncias que sejam proibidos ou indicativos da prát!ca de crime e a

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 ilícitamente 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



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 Pellegrini 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 conseqüentemente 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 ilegítimamente 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.



[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-situacao-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, 10^a. ed., 1997, p. 329).

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