

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

THE HYPOTHESIS OF SEARCHES AND SEIZURES WITH NO SEARCH WARRANT IN THE CASES OF DRUG TRAFFIC (PERMANENT CRIMES): THE AMERICAN CONSTITUTIONAL SYSTEM AGAINST THE UNREASONABLE SEARCHES AND THE “RECURSO ESPECIAL” - SPECIAL APPEAL - 603616 JUDGED BY THE “SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” - FEDERAL COURT OF JUSTICE

Evandro Piza Duarte¹
Felipe Rocha de Medeiros²
Flaviane Montalvão Siqueira³

RESUMO

Este trabalho analisa as interpretações dos sistemas jurídicos brasileiro e americano sobre o debate acerca das hipóteses de busca e apreensão policial sem mandado judicial nos casos de tráfico de drogas. A valoração jurídica da discricionariedade da atividade policial em tais casos demanda uma análise sobre os direitos fundamentais que podem ser afetados, principalmente o direito de privacidade, protegido pela IV Emenda, nos Estados Unidos, e pelo art. 5º da Constituição Federal, no Brasil. Através do contraste com o debate constitucional estadunidense, objetiva-se refletir sobre a atuação da Corte Constitucional brasileira frente aos padrões institucionais de violência policial que não condizem com a ordem constitucional

¹ Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), Mestrado em Direito pela UFSC (1998) e Doutorado em Direito pela Universidade Nacional de Brasília (UnB). Atualmente é Professor na Universidade de Brasília UnB de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Ciências Criminais, atuando principalmente nos seguintes temas: Criminologia Crítica e Desigualdade no Sistema da Justiça Criminal; Processo Penal, Impacto das Novas Tecnologias de Comunicação e Direitos Fundamentais; Princípio da Igualdade, Relações Raciais e Políticas de Ação Afirmativa. Tem participado de projetos sociais e atividades de pesquisa voltados para a inclusão social da população afro-brasileira no Ensino Superior e de pesquisas sobre o racismo na sociedade brasileira. Coordenador do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e membro do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras-IDCARÁN da Universidade Nacional da Colômbia. Universidade de Brasília (UnB) – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0077-0297> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5003630503816604> E-mail: evandropiza@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduando em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Universidade de Brasília (UnB) – Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0418624802120787> E-mail: felipe@rochademedeiros.adv.br

³ Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Universidade de Brasília (UnB) – Brasil. flaviane_siq@hotmail.com

vigente.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Suprema Corte Americana. Busca e apreensão. Tráfico de Drogas. Flagrante.

ABSTRACT

This work analyses the interpretations of the Brazilian and American juridical systems about the debate on the hypotheses of search and seizure with no search warrants in drug trafficking cases. The juridical valuation of the discretion in police's activities in such cases demand an analysis on the fundamental rights that could be affected, mainly the right to privacy, protected by the fourth amendment in the United States, and by the fifth article of the Federal Constitution in Brazil. Through the contrast with the American constitutional debate, this work aims to reflect on the acting of the Brazilian constitutional court before the institutional patterns of police violence that do not match the current constitutional order.

Keywords: Fundamental Rights. Supreme Court of the United States. Search and Seizure. Drug Traffic. Flagrante Delicto.

1. INTRODUÇÃO

A atuação das Cortes Constitucionais e a crescente complexidade de regulamentações nas sociedades contemporâneas têm redefinido as fronteiras entre os sistemas da Common Law e o Civil Law.⁴ Não é incomum nos dois sistemas adaptações diante da inadequação legislativa para abarcar novas relações sociais que passam a ter reconhecidas suas dimensões jurídicas e, especialmente, a necessidade do sistema de direitos fundamentais ser reinterpretado diante de pressões locais e internacionais capitaneadas pelas lutas por reconhecimento e pela globalização econômica⁵ (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012; FARIA, 1999; ROSENFELD, 2003).

⁴ Descrito de maneira ideal, no sistema da Common Law, adotado nos Estados Unidos e Inglaterra, o direito não é previamente determinado por um processo legislativo fixo, sendo desenvolvido através dos costumes, das decisões nos casos concretos e da cultura dos povos. No sistema da Civil Law, criado após a Revolução Francesa, ao se pretender limitar o poder dos monarcas e a interpretação criativa dos juízes do Antigo Regime, restringiu-se o direito à norma escrita e às formas de aplicação literal do texto da lei. Diz-se que o direito no Common Law é criado pelos Tribunais e se desenvolve continuamente através de decisões baseadas em casos anteriormente julgados. A segurança jurídica, diferentemente do Civil Law, encontra-se, em grande parte, em precedentes jurídicos e não em normas pré-estabelecidas. Já no Civil Law a segurança estaria na lei escrita e, especialmente, na sua representação máxima de ordenação sistemática, os Códigos (CASTRO e GONÇALVES, 2012).

⁵ No raciocínio explicitado pelos juízes da Suprema Corte Estadunidense não é incomum o argumento de que suas decisões devem fornecer regras claras sobre quais devem ser os procedimentos empregados pela polícia e, ainda, que as decisões da Corte são transformadas em códigos de procedimento adotados pela polícia, conforme dispõe o AMERICAN LAW INSTITUTE. A Model Code of Pre-Arraignment Procedure. (Disponível em: <https://www.ali.org/publications/show/model-code-pre-arraignment-procedure>. Acesso em 12/04/2019):

O presente texto propõe compreender as proximidades e diferenças dessas duas tradições a partir do estudo de um tema nuclear do Estado de Direito, qual seja, a submissão da violência institucional dos órgãos de segurança pública ao direito. Especificamente, aborda o debate sobre as hipóteses de busca e apreensão realizadas por parte da polícia sem mandados judiciais nos casos de tráfico de drogas.

Nesse tema, os sistemas jurídicos brasileiro (Civil Law) e americano (Common Law) lidam com as hipóteses permissivas de entrada policial em domicílio sem mandado, os casos de *flagrante delicto* e as chamadas *warrantless searches*, respectivamente. Por consequência, valoram juridicamente a discricionariedade da atividade policial, criando mecanismos de limitação aos meios de ação dos agentes estatais incumbidos da garantia da segurança pública. Entretanto, o fazem a partir de premissas distintas que parecem estar vinculados a padrões de cidadania presentes em cada país e à cultura jurídica compartilhada pela formação dos operadores jurídicos. (LIMA, 1989; DUARTE *et al*, 2014; DUARTE, QUEIROZ, SILVA, 2018; RODRIGUES, 2017a; RODRIGUES, 2017b)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616, 05.11.2015, decidiu sobre esse tema em caso concreto, no qual enfrentou a tese segundo a qual haveria flagrante delito, tendo em vista a natureza de crime permanente do tráfico de drogas, o que justificaria a dispensa constitucional do controle judicial prévio à atividade realizada pelos agentes estatais. Conforme o acórdão, um caminhão que transportava drogas foi interceptado em rodovia federal. O motorista alegou estar a mando de terceiro. Com essa informação, os agentes policiais decidiram invadir o domicílio do suposto mandante, em horário noturno e sem mandado judicial. No cumprimento da diligência, os policiais encontraram drogas dentro do carro do investigado na garagem da sua residência. Diante desses fatos, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi fixada a tese de que “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”⁶.

Por sua vez, a Suprema Corte Estadunidense, ao interpretar a Quarta Emenda Constitucional, desenvolveu inúmeros precedentes que impedem a polícia de adentrar à casa de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616. Plenário. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Amicus Curiae: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 05/11/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em 28 de março de 2019.

suspeitos de crime de tráfico de drogas sem mandado judicial. O fundamento de que se trataria de crime permanente e haveria flagrante delito não tem validade naquele país. Ao contrário, em casos semelhantes a prova obtida é considerada ilícita e desentranhada do processo. Nesse contexto, diferentemente do que acontece no Brasil, a Corte Constitucional não confere legitimidade às abordagens policiais fundamentadas na situação de flagrante, mas valora a decisão do policial, avaliando o que era possível saber no momento de sua escolha da entrada no domicílio. Os principais fatores que são avaliados pelos tribunais estadunidenses consistem na existência de causa provável (*probable cause*) e circunstâncias emergenciais (*exigent circumstances*) que justificam uma exceção à regra que prevê a necessidade de autorização judicial prévia. De forma direta, a autorização judicial prévia é um primeiro filtro de controle da atuação policial imposto constitucionalmente.

No presente texto, não defendemos a adoção dos padrões estadunidenses de decisão. Ao invés disso, a partir do estranhamento provocado pela comparação com o cenário estrangeiro, buscamos refletir sobre o papel de nossa Corte Constitucional quando se propõe a debater temas vinculados à investigação policial.

Desse modo, apresentamos como os dois sistemas constitucionais tratam dos direitos fundamentais que podem ser afetados nas buscas e apreensões realizadas pelos agentes estatais. A seguir, consideramos como a Suprema Corte Estadunidense intenta definir quais são os interesses protegidos pela IV Emenda desde a construção da tese sobre a “legítima expectativa de privacidade” até as exceções à necessidade de mandado judicial prévio à ação policial. Depois, passamos em revista alguns casos em que a Suprema Corte Estadunidense tratou de limites policiais na busca e apreensão de drogas ilícitas e das expectativas de privacidade em relação à casa. Por fim, nas considerações finais, voltamos a refletir sobre o flagrante como uma exceção ao direito de privacidade no texto constitucional brasileiro.

2. A QUARTA EMENDA À CONSTITUIÇÃO AMERICANA E O CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO DOS ATOS DOS AGENTES PÚBLICOS

Nos EUA, a hipótese semelhante à denominada *prisão em flagrante* tem o nome de *warrantless arrest* (prisão sem mandado), sendo aceita no caso de infrações mais graves, conhecidas como *felony*⁷, e outras situações que serão a seguir delimitadas. A Quarta Emenda

⁷ *Felonys* e *misdemeanors* no sistema jurídico estadunidense podem ser entendidos, traçando-se um paralelo com o sistema brasileiro, respectivamente, como os crimes e as infrações de menor potencial ofensivo. Desse modo, a busca sem mandado e suas situações excepcionais só são aceitas nos chamados *felonys* (CRIMINAL LAW, 2012,

à Constituição Estadunidense é, naquele país, a garantia de proteção à liberdade e à privacidade dos particulares frente ao poder estatal:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.⁸

A Quarta Emenda limita a atividade estatal, estabelecendo quando e como se deve buscar evidências e prender acusados. A regra só permite que os agentes policiais realizem buscas nas seguintes hipóteses: quando já existe um mandado de busca ou, sem ele, com o consentimento do suspeito. Como regra, o mandado de busca é expedido anteriormente à ação da polícia e justificado de forma circunstanciada, em relação as razões do policial que solicitou o mandado e ao convencimento do juiz sobre os fatos trazidos pelos policiais. As buscas e apreensões devem preencher dois requisitos: a) ser razoáveis e; b) ser precedidas de um mandado que se baseará na chamada *probable cause*⁹. Determinar uma *causa provável* no contexto da atividade policial exige uma análise das circunstâncias para determinar qual a probabilidade de se achar uma evidência com a busca (U.S., 1982, p. 244).

A violação desse dispositivo, por ausência de mandado, implica que as buscas (*searchs*) e as apreensões (*seizure*) sejam consideradas desarrazoadas (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 33). Tal regra é tida como um princípio fundamental decorrente da Quarta Emenda da Constituição Estadunidense¹⁰ (U.S., 1967). Porém, os agentes policiais, quando razoavelmente convencidos da autoria e da materialidade do delito, podem prender os acusados anteriormente à expedição da ordem escrita da autoridade competente em situações excepcionais. A razoabilidade é medida por um balanço entre a natureza da intrusão da privacidade do cidadão de um lado, e a promoção de um legítimo interesse governamental, de outro (U.S., 1948, p. 10) Não há, todavia, a diferenciação entre as hipóteses de prisão em

p. 26-27).

⁸ O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, em suas casas, documentos e efeitos, contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e nenhum mandado será expedido se não embasado em uma causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e, particularmente, descrevendo o local a ser pesquisado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. (tradução nossa)

⁹ Há ainda, o dever de informar (*knock and announce requirement*). Porém, em *Wilson v. Arkansas* (1995), a Suprema Corte decidiu que o anúncio da presença policial pode não ocorrer quando a polícia acreditar que as evidências possam ser destruídas, quando os policiais estiverem perseguindo um prisioneiro que acabou de escapar ou quando o suspeito possa criar alguma situação de risco contra os policiais (U.S., 1995, p. 936).

¹⁰“Over and again this Court has emphasized that the mandate of the [Fourth] Amendment requires adherence to judicial processes,” *United States v. Jeffers*, 342 U.S. 48, 51, and that searches conducted outside the judicial process, without prior approval by judge or magistrate, are *per se* unreasonable under the Fourth Amendment - subject only to a few specifically established and well-delineated exceptions.” (U.S., 1967, p. 347).

flagrante nos crimes permanentes ou de única ação¹¹.

Em termos comparativos, o enunciado da IV Emenda é o ponto de partida de uma série de direitos que, no caso brasileiro, estão contemplados em diversos dispositivos normativos, os quais compreendem tanto a declaração de direitos quanto, em alguns casos, hipóteses excepcionais nas quais esse direito não deverá prevalecer sobre outros interesses ou direitos. A Constituição Brasileira declara, por exemplo, ser a casa asilo inviolável, mas reconhece a hipótese de flagrante delito, de desastre e para prestar socorro. A exceção vem expressa e diz respeito ao papel reservado constitucionalmente às polícias, malgrado particulares também possam prender em flagrante delito¹². De forma distinta, no caso americano, a Constituição garante o direito, mas não enuncia uma exceção em relação à Polícia, mas uma regra para a atuação do Poder Judiciário que limita a ação da Polícia. De fato, a Quarta Emenda afirma que as pessoas estão protegidas em suas casas contra buscas desarrazoadas e determina quais são os requisitos para a expedição de mandados judiciais de busca. Logo, o dispositivo regula a atividade dos juízes que irão expedir tais mandados que serão solicitados pela Polícia, sempre a depender de indícios. As exceções foram construções jurisprudenciais.

A diferença não é apenas textual, pois indica que a jurisdicionalização de qualquer limitação de direitos individuais vem enunciada desde o início como regra. Tudo – “aparentemente tudo” – se submete ao escrutínio do Poder Judiciário, de forma antecedente à medida de limitação de direitos, e, por sua vez, a limitação autorizada (apenas e tão somente) pelo Poder Judiciário deverá estar fundamentada nos termos da Quarta Emenda.

Entretanto, as tradições constitucionais, talvez, sejam mais decisivas do que as possibilidades de interpretação literal do texto. Isso porque, no caso brasileiro, há também a cláusula genérica de garantia da legalidade dos atos administrativos e a de submissão à jurisdição¹³. Porém, há uma longa tradição de nossa cultura jurídica de que os atos da autoridade

¹¹ Diz-se permanente o crime cuja consumação, por ser passível de diferimento, se estende no tempo enquanto persiste a vontade do agente de realizar a conduta típica, renovando a violação ao bem jurídico respectivo, a exemplo de sequestrar pessoa, guardar droga ilícita etc. (QUEIROZ, 2018, p. 173)

¹² Assim, no artigo 5º diz-se que: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; 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; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ademais, no Código de Processo Penal (CPP, Art. 301) admite-se que: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...); Art. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

administrativa são dotados de auto-executoriedade, ou seja, há “a prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 89). Logo, nessa tradição marcadamente autoritária, os cidadãos estariam submetidos diretamente aos ditames da ordem pública imposta pelos representantes do Poder Executivo, restando ao administrado buscar, a posteriori, a reparação dos danos causados pelos agentes estatais. Segundo João Antunes dos Santos Neto:

[...] os países que se filiam à família do common law, especificamente Estados Unidos e Inglaterra parecem repudiar a executoriedade (ou auto-executoriedade) do ato administrativo. Isto se dá, porque aos anglo-saxões, as relações nascidas da ação da Administração escapariam ao direito administrativo, submetendo-se ao direito comum (common law) – o princípio tradicional, para este sistema diferenciado, conforme reafirmado, é a submissão da ação administrativa ao Common Law. (NETO, 2004, p. 263).

Nossa tradição normativa existe desde pelo menos a Constituição do Império, quando a confusão entre atividade administrativa e judicial era explícita. Havia autoridades policiais com poderes jurisdicionais, julgando contravenções e posturas municipais. Logo, em matéria de controle sócio-penal essa tradição se consolidou na formação do Estado brasileiro, atrelada à necessidade de ordem pública nas cidades para garantir o funcionamento da escravidão (gestão dos escravos nos espaços públicos e prevenção de revoltas) (DUARTE, 2017).

Entretanto, em alguns casos onde a proposta de busca não é a aplicação da lei penal, mas outros interesses governamentais – as necessidades especiais (*special needs*) – as garantias advindas dessa emenda não são aplicadas na sua integridade¹⁴¹⁵. A Corte inclui esses casos como uma exceção à necessidade de mandado judicial, devendo estar presente apenas o requisito da razoabilidade (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 33). Em outras situações, discutiu-se que não estaria configurado uma busca (*search*) ou uma apreensão (*seizure*), afastando-se a aplicação da Quarta Emenda (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 36).

¹⁴ Esses outros interesses governamentais são chamados pela doutrina americana de “special needs” e serão posteriormente explicados

¹⁵ A Suprema Corte adota o entendimento de que o mandado judicial é prescindível quando as buscas tiverem outro propósito que não a obtenção de provas, tais como: reforçar a disciplina escolar, segurança pública e eficiência administrativa. Esses propósitos foram denominados pela Suprema Corte como *special needs* (necessidades especiais). (SALTZBURG E CAPRA, 1996, p. 299)

3. O DIREITOS PROTEGIDO PELA QUARTA EMENDA: A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE PRIVACIDADE (KATZ V. UNITED STATES, 389 U.S. 347 (1967))

Em vários julgados, a Corte explicitou melhor quais seriam as dimensões dos interesses protegidos pela referida emenda, consolidando a tese central de que as buscas e apreensões sem mandado podem ocorrer quando não existir o que se entende por *legitimate expectation of privacy* (expectativa legítima de privacidade) (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 41). Por exemplo, quando uma arma estiver exposta à visão de qualquer pessoa, não haveria violação de privacidade se ela fosse apreendida, pois inexistiria propriamente uma busca. De forma semelhante, não se exigiria o mandado quando ocorresse a permissão do indivíduo titular da expectativa (MORGAN, 1991, p. 8).

Muito embora as decisões impliquem em uma enormidade de situações concretas, elas foram desenvolvidas com dois nortes: de um lado, estão os usos sociais reconhecidos de determinado aspecto da vida cotidiana, ou seja, os padrões de comportamento reconhecidos pela comunidade sobre o que é público e o que é privado; e, de outro lado, colocam-se os limites corporais “naturais” impostos às atividades de reconhecimento de determinada ação humana, especialmente à atividade de descoberta das práticas ilícitas de particulares (no exemplo acima, a capacidade do sentido da visão).

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967) é um julgado central sob o primeiro aspecto. No caso concreto, o FBI acoplou um dispositivo eletrônico, capaz de gravar e transmitir sons do ambiente, à parte externa de uma cabine telefônica. A ação tinha como objetivo gravar as falas de Katz, investigado por transmitir informações relacionadas a jogos de azar, na conversa (U.S., 1967, p. 347). Katz foi condenado em primeira instância e recorreu da sentença, sob o fundamento da Quarta Emenda. Ao analisar o recurso, a Corte de Apelação adotou o entendimento de que as provas foram obtidas legalmente, tendo em vista que não teria ocorrido a entrada física na área ocupada pelo apelante (U.S., 1967, p. 352).

Submetido à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, foi estabelecido o entendimento de que a Quarta Emenda protege as pessoas e não os lugares. A casa não seria o objeto principal da proteção constitucional:

For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. See *Lewis v. United States*, 385 U. S. 206, 210; *United States v. Lee*, 274 U. S. 559, 563. But what he seeks to preserve as private even

in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.¹⁶ (U.S., 1967, p. 352).

Nesse contexto, o voto realmente decisivo para casos posteriores foi do juiz Harlan, responsável por estabelecer o *Katz principle* (princípio Katz):

As the Court's opinion states, "the Fourth Amendment protects people, not places." The question, however, is what protection it affords to those people. Generally, as here, the answer to that question requires reference to a "place." My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as "reasonable." Thus a man's home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the "plain view" of outsiders are not "protected" because no intention to keep them to himself has been exhibited. On the other hand, conversations in the open would not be protected against being overheard, for the expectation of privacy under the circumstances would be unreasonable. Cf. *Hester v. United States*, supra.

The critical fact in this case is that "[o]ne who occupies it, [a telephone booth] shuts the door behind him, and pays the toll that permits him to place a call is surely entitled to assume" that his conversation is not being intercepted. *Ante*, at 352. The point is not that the booth is "accessible to the public" at other times, *ante*, at 351, but that it is a temporarily private place whose momentary occupants' expectations of freedom from intrusion are recognized as reasonable.¹⁷ (U.S., 1967, p. 361).

A decisão alcançava e ampliava o entendimento sobre a chamada *open fields rule* (regra dos campos abertos) presente no caso *Hester v. United States*, 265 U.S 57 (1924), quando o Tribunal fixou a distinção entre os chamados *campos abertos* e as áreas constitucionalmente protegidas como a casa. Para a Corte, a entrada de policiais em campos abertos não estaria regulada pela Quarta Emenda, em razão da falta de expectativa de privacidade dos indivíduos

¹⁶ "A Quarta Emenda protege pessoas, e não lugares. O que uma pessoa expõe conscientemente ao público, inclusive em sua casa ou local de trabalho, não está sujeita a proteção garantida pela Quarta Emenda.... Mas aquilo que ele busca manter como privado, ainda que em uma área acessível ao público, deve ser protegida constitucionalmente." (tradução nossa)

¹⁷ Como a opinião da Corte afirma "a Quarta Emenda protege pessoas e não locais. A questão, entretanto, é "que proteção é conferida a essas pessoas?". Genericamente, como no caso, a resposta para essa questão é referenciada a um "local". Meu entendimento é que a regra que surgiu de decisões anteriores é de um requisito duplo. Primeiramente, a pessoa ter demonstrado uma expectativa de fato (subjéctiva) de privacidade e, secundamente, que a sociedade esteja preparada para reconhecer essa expectativa como "razoável". Assim, o lar de um homem é, para a maior parte de seus propósitos, um local no qual ele espera ter privacidade, mas objetos, atividades ou falas que ela expõe à "vista de todos" (*plain view*) não são "protegidas" pela Quarta Emenda, porque não havia qualquer intenção de manter privado aquilo que foi exibido. Por outro lado, conversas ao ar livre não seriam protegidas contra terceiros, porque a expectativa de privacidade nessas circunstâncias não seria razoável.

O fato crítico nesse caso é "aquele que a ocupa, [uma cabine telefônica] fecha a porta atrás de si mesmo, e paga a taxa que permite que ele possa fazer uma ligação, é seguramente intitulado a assumir que "suas conversas não estão sendo interceptadas. *Ante*, em 352. O ponto não é se a cabine é "acessível ao público" em outros momentos, *ante*, em 351, mas que é um local temporariamente privado, cujas expectativas dos seus ocupantes temporários de privacidade e liberdade contra intrusão são reconhecidas como razoáveis. Cf. *Rios v. United States*, 364 U. S. 253 (tradução nossa).

nesses lugares. De igual modo, se as informações obtidas pela polícia na busca fossem de conhecimento público, não haveria nenhuma violação constitucional (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 44).

Não há ilicitude nas provas obtidas sem mandado em um campo aberto. A “*open view doctrine*” estabelece, portanto, que a evidência será legal quando um policial puder perceber a evidência de um crime, pois o comportamento está em seu plano de visão. A casa de uma pessoa é, para a maioria de seus propósitos, um local no qual se espera privacidade, mas objetos, atividades ou falas que ela expõe à vista de todos (*plain view*) não são protegidas pela Quarta Emenda, porque não há qualquer intenção de manter privado aquilo que foi exibido (U.S., 1967, p. 361).

Em *Florida v. Riley* 488 U.S. 445 (1989a), a Corte decidiu pela não exclusão de prova obtida através de um sobrevoo de helicóptero. A polícia recebeu uma denúncia anônima de que Riley estava plantando maconha em sua propriedade. Para verificar a alegação, sobrevoou a propriedade, quando conseguiu observar por meio das aberturas laterais de uma estufa que as alegações eram verdadeiras (U.S., 1989a, p. 445). Para a Corte, o acusado não poderia ter nenhuma expectativa razoável de que a vista de sua estufa não seria pública para qualquer pessoa, inclusive para a polícia (U.S., 1989a, p. 450).

A autonomia do conceito de expectativa de privacidade em relação à tutela da propriedade privada ficou mais evidente no caso *Connecticut v. Mooney*, 218 Conn. 85, 588 A2d 145 (1991), quando a Corte afirmou a existência de expectativa de privacidade mesmo em áreas de acesso público, ao decidir, *in casu*, que um morador de rua não poderia ser sujeitado à revista policial sob o fundamento de que sua mochila e caixa de papelão estariam em um lugar público (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p.44).

Em *Califórnia v. Hodari* 499 U.S. 621 (1991b), drogas foram usadas como evidências quando obtidas depois de uma perseguição realizada por policiais¹⁸. Em rondas rotineiras, policiais avistaram jovens nas ruas, que após perceberem a presença dos oficiais, correram. Um dos policiais passou a perseguir Hodari e, ao perceber que seria preso, o jovem atirou para longe uma pequena pedra de crack, a qual foi recuperada pela polícia e utilizada como prova contra ele. A Corte decidiu que a droga abandonada na fuga não foi fruto da apreensão (*seizure*), logo sua apreensão não foi ilegal (U.S., 1991b, p. 629). Nos termos do relator:

¹⁸ Além disso, a Suprema Corte Estadunidense tem afirmado, por exemplo, a desnecessidade de mandado judicial e causa provável em casos de pessoas em liberdade condicional (*parol*) (*Samson v. California*, 547 U.S. 843 (2006), p. 2)

In sum, assuming that Pertoso's pursuit in the present case constituted a "show of authority" enjoining Hodari to halt, since Hodari did not comply with that injunction he was not seized until he was tackled. The cocaine abandoned while he was running was in this case not the fruit of a seizure, and his motion to exclude evidence of it was properly denied (U.S., 1991b, p. 629).¹⁹

Em termos comparativos, é certo que atualmente a expectativa de privacidade no Brasil possui ampla proteção na Constituição Federal, que abrange, em seu art. 5º, X, tal expectativa em duas esferas: da intimidade e da vida privada (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 377). Como observa José Afonso da Silva, enquanto a intimidade se refere ao poder de evitar os demais nas denominadas "esferas secretas da vida" (sigilo da correspondência, segredo profissional e inviolabilidade de domicílio), a vida privada abrange a garantia da conservação dos acontecimentos relevantes da vida pessoal, protegendo o indivíduo contra investigações e divulgações ilegítimas (SILVA, 2007, p. 208-209).

Apesar da ampla abordagem constitucional, constata-se que a expectativa legítima de privacidade é escassamente utilizada na jurisprudência brasileira como critério para a resolução de casos que envolvem tais garantias. O Supremo Tribunal Federal já argumentou pela repercussão geral das discussões sobre a utilização de gravações ambientais sem autorização judicial (RE 583.937; RE 1040515); e a entrada de polícia em domicílio sem mandado (RE 603616) – decisão que será retomada adiante.

4. A EXCEÇÃO À IV EMENDA: ATIVIDADE POLICIAL E O CONTROLE JURISDICIONAL NOS CASOS DE APREENSÃO DE DROGAS ILÍCITAS EM JONHSON V. UNITED STATES, 333 U.S 10 (1948)

O caso *Jonhson v. United States*, 333 U.S 10 (1948) é central para compreender a necessidade da obtenção do mandado de busca em hipóteses de posse de drogas. Na ocasião, a Corte respondeu sobre quando seria permitido legalmente prender e fazer buscas no quarto de hotel de um acusado. Segundo a versão dos policiais, por volta das 19:30, um informante confidencial da polícia relatou que haveria pessoas fumando ópio no hotel no qual estava hospedado. Aparentemente, havia cheiro de ópio pelos corredores, o que ensejou o chamamento do departamento de narcóticos. Às 20:30, quatro agentes estavam no hotel e reconheceram o

¹⁹ Em suma, pressupondo que a perseguição de Petroso no presente caso constituiu uma “demonstração de autoridade” que compeliu Hodari a jogar [a cocaína], como Hodari não obedeceu o comando, ele não foi apreendido até ser derrubado. A cocaína abandonada enquanto ele estava correndo, nesse caso, não foi fruto da apreensão e o seu requerimento para excluir a evidência foi devidamente negado. (tradução nossa)

que para eles era um inconfundível odor de ópio. Os oficiais bateram na porta do quarto que exalava o odor e uma voz perguntou quem estava batendo. Um dos policiais se identificou e, após uma pequena demora, Jonhson abriu a porta (U.S., 1948, p.12).

Em seguida, o policial afirmou que gostaria de conversar sobre o cheiro de ópio no quarto. A recorrente negou que existiria o referido odor e o policial deu voz de prisão. Em tradução livre, o policial disse “Eu quero que você se considere presa, porque nós vamos vasculhar esse quarto²⁰” Ao realizar a busca, os policiais encontraram ópio e os instrumentos para seu uso ainda quentes, o que indicava a sua utilização recente (U.S, 1948, p.12).

A Corte distrital não acatou o argumento de que essa prova deveria ser excluída do processo, tendo mantido a condenação. A questão suscitada na Suprema Corte repousou sobre a licitude da entrada dos policiais no quarto da acusada sem mandado. A defesa alegou que a busca foi uma violação aos direitos assegurados pela Quarta Emenda. Em resposta, o Estado alegou que a busca foi justificável, particularmente por ter ocorrido como um incidente à uma prisão legítima. Para a Suprema Corte, todavia, o odor sentido poderia justificar a expedição de mandado pelo magistrado, mas não a busca feita pelos policiais (U.S., 1948, p.12- 13).

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 (U.S., 1948, p.14).

Ambos interesses guardam simetria, apesar do crime ser uma grande preocupação da sociedade, a invasão de privacidade feita de modo discricionário por policiais, também é assunto preocupante. Por tal razão, quando o direito à privacidade tiver que ceder ao direito às buscas, a situação deverá ser decidida por um magistrado imparcial, e não por um policial (U.S, 1948, p. 14).

Neste ponto, estamos finalmente diante do núcleo central da exceção criada na IV Emenda. No caso, a Suprema Corte Estadunidense entendeu que não havia circunstância excepcional para justificar a repentina entrada dos policiais. As circunstâncias excepcionais devem ser resultado do balanceamento entre o direito à privacidade e o dever do Estado de

²⁰ "I want you to consider yourself under arrest because we are going to search the room." (U.S, 1948, p.12)

reprimir os delitos.

There are exceptional circumstances in which, on balancing the need for effective law enforcement against the right of privacy, it may be contended that a magistrate's warrant for search may be dispensed with. But this is not such a case. No reason is offered for not obtaining a search warrant except the inconvenience to the officers and some slight delay necessary to prepare papers and present the evidence to a magistrate. These are never very convincing reasons and, in these circumstances, certainly are not enough to by-pass the constitutional requirement.²¹ (U.S., 1948, p. 10).

Para a Corte Americana, não se pode ao mesmo tempo se justificar a prisão pela busca e a busca pela prisão:

Thus the Government is obliged to justify the arrest by the search and at the same time to justify the search by the arrest. This will not do. An officer gaining access to private living quarters under color of his office 'and-of the law which he personifies must then have some valid basis in law for the intrusion. Any other rule would undermine "the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects," and would obliterate one of the most fundamental distinctions between our form of government, where officers are under the law, and the police-state where they are the law²². (U.S., 1948, p. 17)

Não existe auto-justificação para a invasão em domicílio – ela não pode ser um fim em si mesma. O Estado não tinha o direito de, sem um mandado, fundamentado em uma causa provável, entrar nos aposentos da acusada para encontrar provas para prendê-la. Caso isso fosse possível, os cidadãos nunca teriam direito à privacidade. Não havia nenhum empecilho para a obtenção do mandado de busca, afora os inconvenientes para os agentes policiais, os quais devem apresentar provas para o magistrado, razão insuficiente para contornar a exigência constitucional. O suspeito não estava fugindo, a busca foi realizada em uma residência e não em um automóvel e não havia evidências de que provas estavam sendo destruídas (U.S., 1948, p. 15). A subsunção do caso a um magistrado que poderia expedir um mandado era plenamente possível. Logo, não haveria possibilidade de se falar em uma exceção.

As exceções à regra da expedição de mandado foram lentamente construídas pela Corte.

²¹ Existem circunstâncias excepcionais, nas quais, ao balancear a necessidade de uma atuação policial efetiva contra o direito à privacidade, pode ser levantada a desnecessidade de mandado judicial para busca. Mas esse não é o caso. Nenhuma razão foi demonstrada para não obter o mandado de busca, exceto a inconveniência para alguns policiais e um pequeno atraso, necessário para preparar os documentos e apresentar os indícios ao magistrado. Essas nunca são razões muito convincentes, e, nessas circunstâncias, certamente não são suficientes para ignorar a regra constitucional. (tradução nossa)

²² Assim, o Estado é obrigado a justificar a prisão pela busca e, ao mesmo tempo, justificar a busca pela prisão. Isso não pode ser aceito. Um policial que obtém acesso ao quarto privado sob a justificação de seu ofício e pela lei, a qual ele personifica, deve ter um válido fundamento legal para essa intromissão. Qualquer outra regra diminuiria “o direito do povo estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e seus efeitos, e eliminaria uma das distinções mais fundamentais entre forma de governo, onde os policiais estão abaixo da lei, e a polícia-estado, onde eles são a lei (tradução nossa).

Inicialmente, não existiam reservas ao preceito. Em *United States v. Rengifo* 858 F.2d 800 (1988), a Corte de Apelações do Primeiro Circuito pontuou que:

Exigent circumstances occur when a reasonable officer could believe that to delay acting to obtain a warrant would, in all likelihood, permanently frustrate an important police objective, such as to prevent the destruction of evidence relating to criminal activity or to secure an arrest before a suspect can commit further serious harm²³. (FEDERAL REPORTER, 1988, p. 805).

Nesse sentido, o juiz da Suprema Corte (*Justice*) Scalia, no caso *Califórnia v. Acevedo*, 500, U.S, 565 (1991a), afirmou que a Corte Americana ora respeita a necessidade categórica do mandado, ora analisa apenas a questão da razoabilidade da conduta policial, não estabelecendo balizamentos claros de aplicação da regra. (U.S, 1991a, p. 582)

A Corte Americana entende que em circunstâncias emergenciais e em situações em que há possibilidade de destruição de provas poder-se-ia adentrar à residência dos acusados para realizarem-se buscas e apreensões (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 285). Em caso de consentimento voluntário, a polícia pode realizar buscas, contanto que a voluntariedade seja demonstrada (U.S., 1973, p. 248). Também é permitida as chamadas buscas administrativas, realizadas para outras situações de aplicação da lei, como, por exemplo, casos de inspeção de normas de segurança (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 33). Ademais, se a polícia constatar a existência de iminente risco a sua segurança ou à segurança da população, ela está autorizada a realizar buscas e apreensões sem a necessidade de autorização judicial (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 136) Todavia, o ônus de demonstrar que a polícia possuía um motivo razoável e que as fontes eram confiáveis para embasar a busca recai sobre o Estado. A necessidade de mandado parte da presunção de que um magistrado tem menor chance de cometer erros do que os policiais engajados no combate ao crime. Assim, a partir de uma causa provável e embasado nela, o magistrado aprovaria a busca.

A jurisprudência americana desliza na definição de hipóteses que permitem a busca em domicílio sem mandado judicial. Em um primeiro momento, a regra prevista na Quarta Emenda aparenta restringir as hipóteses a situações em que seria absolutamente impraticável a expedição do mandado. Ocorre que, na prática, essa delimitação torna-se apenas teórica. Existem casos em que a busca realizada sem mandado nos EUA necessita apenas do critério discricionário da razoabilidade, afastando a já referida causa provável.

²³ “(...) as exigências ocorrem quando, razoavelmente, um policial acredita que o atraso para obter um mandado pode, com toda probabilidade, frustrar um importante objetivo policial, como impedir a destruição de uma evidência relacionada a uma atividade criminal ou assegurar uma prisão antes que o suspeito possa cometer danos mais graves.” (Tradução nossa)

Contudo, a permissão indiscriminada de buscas e prisões sem mandado traz dois grandes problemas. O primeiro é que submete as pessoas e suas residências à interferência do Estado, sem que haja, ao menos, uma causa para tanto. O segundo problema é que os policiais que realizam as buscas podem agir de modo despótico e arbitrário. (SALTZBURG e CAPRA, 1996, p. 71-72).

5. AS EXPECTATIVAS DE PRIVACIDADE NO DOMICÍLIO: O CASO FLORIDA V. JARDINES 569 U.S. (2013).

O caso Florida v. Jardines 569 U.S. (2013), por sua vez, é paradigmático quanto ao controle das instâncias superiores sobre a validade dos argumentos utilizados para expedição do mandado e sobre os contornos da privacidade no espaço da casa. A hipótese trazida à Corte estava também no contexto da política de repressão às drogas, porém, apesar da existência do mandado, a Suprema Corte da Flórida entendeu pela ilicitude da prova, em razão da falta de uma causa provável (U.S., 2013, p. 2).

Na ocasião, uma denúncia anônima foi feita à a polícia em novembro de 2006 sobre uma provável plantação de maconha. Um mês depois, a polícia de Miami realizou uma busca através de cães farejadores, que deram um alerta positivo para a presença da droga (U.S., 2013, p. 1). Primeiramente, não havia mandado para a busca ser realizada pelos cães farejadores. Foi só após a confirmação do sinal da presença de drogas que os policiais requereram um mandado de busca para entrar no domicílio do senhor Jardines (U.S., 2013, p. 2). O Estado argumentou que a utilização de cães farejadores não era um caso de busca realizada com base na Quarta Emenda e que Jardines não teve sua legítima expectativa de privacidade violada. (U.S., 2013, p. 8-10).

No entanto, a Suprema Corte da Flórida decidiu pela ilegalidade da busca realizada:

[...] “We have said that the Fourth Amendment draws ‘a firm line at the entrance to the house.’ That line, we think, must be not only firm but also bright — which requires clear specification of those methods of surveillance that require a warrant.” *Kyllo*, 533 U.S. at 40, 121 S.Ct. 2038 (citation omitted) (quoting *Payton*, 445 U.S. at 590, 100 S.Ct. 1371). Given the special status accorded a citizen’s home in Anglo-American jurisprudence, we hold that the warrantless “sniff test” that was conducted [*56] at the front door of the residence in the present case was an unreasonable government intrusion into the sanctity of the home and violated the Fourth Amendment. We quash the decision in *Jardines* and approve the result in *Rabb*. (SOUTHERN REPORTS, 2011, p. 44)²⁴

²⁴ “Temos afirmado que a Quarta Emenda traça ‘uma fronteira para a entrada em casa’. Essa fronteira, pensamos, deve ser não apenas firme, mas também clara – o que requer uma especificação clara das hipóteses de vigilância

A referida Corte ressaltou a diferença entre uma busca realizada por cães farejadores dentro de veículos e em domicílios. Na busca em lugares públicos, haveria uma maior garantia de impessoalidade. A casa, por não ser visível a testemunhas civis, pode ser um campo predeterminado a sofrer arbitrariedades nas buscas policiais. A autorização da Corte a procedimentos semelhante, sem nenhuma forte evidência, aumentaria a possibilidade de a polícia adotar práticas amplamente arbitrárias e discriminatórias, baseadas até mesmo em caprichos e fantasias. (SOUTHER REPORTS, 2011).

Diante da decisão da Suprema Corte da Flórida, o Estado recorreu e o caso foi para a Suprema Corte dos Estados Unidos. A questão analisada pela Corte centrou-se em um único ponto: a utilização de cães farejadores constitui uma busca (*search*)? A resposta afirmativa imporá a necessidade de expedição prévia de mandado. (U.S., 2013, p. 1).

One virtue of the Fourth Amendment's property-rights baseline is that it keeps easy cases easy. That the officers learned what they learned only by physically intruding on Jardines' property to gather evidence is enough to establish that a search occurred²⁵.
(U.S., 2013, p. 9)

Porém, deve ser ressaltado que o caso dividiu a corte. A manutenção da decisão da Suprema Corte da Flórida ocorreu por apenas um voto de diferença (U.S., 2013, p. 2). O juiz da Suprema Corte Alito proferiu o voto discordante, no qual foi seguido pelos juízes Robert, Kennedy e Breyer. O magistrado entendeu que a Suprema Corte se baseou em uma regra sem qualquer fundamento na jurisprudência:

The law of trespass generally gives members of the public a license to use a walkway to approach the front door of a house and to remain there for a brief time. This license is not limited to persons who intend to speak to an occupant or who actually do so. (Mail carriers and persons delivering packages and flyers are examples of individuals who may lawfully approach a front door without intending to converse.) Nor is the license restricted to categories of visitors whom an occupant of the dwelling is likely to welcome; as the Court acknowledges, this license applies even to "solicitors, hawkers and peddlers of all kinds." Ante, at 6 (internal quotation marks omitted). And the license even extends to police officers who wish to gather evidence against an occupant (by asking potentially incriminating questions).
According to the Court, however, the police officer in this case, Detective Bartelt, committed a trespass because he was accompanied during his otherwise lawful

que exigem um mandado' Dado o status especial concedido a casa dos cidadão na jurisprudência anglo-americana, nós temos afirmado que o 'teste de farejar' sem mandado que foi conduzido na porta da residência no presente caso foi uma intrusão não razoável da santidade do lar e violou a Quarta Emenda. Anulamos a decisão em Jardines e aprovamos o resultado em Rabb." (Tradução nossa)

²⁵ Uma virtude da diretriz propriedade-direitos da Quarta Emenda é que ela provê uma solução fácil para casos fáceis. O fato de que os policiais descobriram o que eles descobriram apenas por meio da intromissão física na propriedade de Jardine para obter evidências é suficiente para estabelecer que uma busca ocorreu. (tradução nossa)

visit to the front door of respondent's house by his dog, Franky. Where is the authority evidencing such a rule? Dogs have been domesticated for about 12,000 years; they were ubiquitous in both this country and Britain at the time of the adoption of the Fourth Amendment; and their acute sense of smell has been used in law enforcement for centuries. Yet the Court has been unable to find a single case—from the United States or any other common-law nation—that supports the rule on which its decision is based. Thus, trespass law provides no support for the Court's holding today²⁶. (U.S., 2013, p. 1).

O magistrado aduziu que o réu não poderia ter uma expectativa de privacidade razoável, tendo em vista que uma pessoa razoável sabe que odores emanados de sua casa podem ser detectados desde locais abertos ao público. (U.S., 2013, p. 2).

6. A INVASÃO DO DOMICÍLIO NOS CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS: AS MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO NO STF E NO STJ

Em um momento inicial da jurisprudência, a entrada forçada no domicílio alheio era validada pelo caráter permanente do tráfico de drogas. Exemplo disso é o RHC 86.082-6, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 05/08/2008. Ao analisar o pleito do recorrente, a ministra Ellen Gracie entendeu que a garantia a inviolabilidade do domicílio não se aplicava ao caso:

Há elementos que: apontam, no caso concreto, para a situação de flagrância no que tange à prática do crime de tráfico de entorpecente que tem a natureza de crime permanente, a autorizar que os agentes policiais possam adentrar o domicílio das pessoas suspeitas sem necessidade de ordem judicial para o fim de reprimir e fazer cessar a prática delituosa.

²⁶ A lei da invasão (trespass law) geralmente concede aos membros do povo uma permissão para utilizar a calçada para se aproximar da porta da frente de uma casa e permanecer lá por um breve período. Essa permissão não é limitada a pessoas que querem conversar com o ocupante do imóvel ou a quem realmente o faz (carteiros, pessoas entregando encomendas e panfletos são exemplos de indivíduos que podem se aproximar legalmente da porta da frente sem ter a intenção de conversar). Nem a permissão é restrita a categorias de visitantes os quais o ocupante do ambiente provavelmente reconhece como bem-vindos; como a Corte reconhece, a permissão se aplica até a “solicitadores, vendedores ambulantes e pedintes de todo o tipo”. Ante, at 6.

E a permissão é estendida até aos policiais que quiserem recolher provas contra o ocupante (ao fazer perguntas potencialmente incriminadoras).

De acordo com a Corte, entretanto, o policial deste caso, Detetive Bartelt, cometeu uma invasão porque estava acompanhado, durante a sua visita a porta da frente, em outros casos tida como legal, do seu cão, Franky. Onde está a autoridade demonstrando tal regra? Cachorros foram domesticados há aproximadamente 12.000 anos; eles eram ubíquos tanto neste país quanto na Grã-Breanha na época da adoção da Quarta Emenda; e o seu olfato apurado vem sendo utilizado na segurança pública durante séculos. Apesar disso, a Corte foi incapaz de encontrar um único caso – dos Estados Unidos ou de outra nação que adota o common-law – que sustente a regra na qual esta decisão está baseada. Portanto, a lei da invasão (trespass law) não concede nenhum suporte ao que a Corte está decidindo hoje.

(RHC 86.082-6, p. 249)

Deve ser mencionado que não houve qualquer menção a fundada suspeita no referido acordão. O cenário passa a mudar em meados de 2015, quando é julgado o RE 603.616. Ao analisar o recurso com repercussão geral, o Plenário do STF fixou tese sobre a entrada forçada em domicílio. Cita-se:

Fixada a interpretação de que 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.
(RE 603.616, p. 2).

Além disso, a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, não pode justificar a medida (RE 603.616, p. 2). Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

Porém, cumpre ressaltar que, no caso concreto, a entrada forçada no domicílio foi considerada válida. No caso, o corréu foi preso em flagrante por estar transportando drogas em um caminhão. Ele então afirmou que a droga seria de um terceiro, sendo este o réu que teve a casa invadida pelos policiais. A Corte entendeu que o ingresso forçado na residência do recorrente estaria amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do corréu, sendo estes elementos suficientes para indicar o flagrante (RE 603.616, p. 27).

Segundo o voto divergente do ministro Marco Aurélio, o flagrante do tráfico de drogas teria sido exaurido na prisão do corréu, de forma que a invasão não estaria justificada apenas pela apreensão de drogas na casa do recorrente. Conforme o entendimento do ministro, os policiais deveriam ter solicitado um mandado judicial, autorizando o ingresso na residência. (RE 603.616, p. 57).

A mudança no entendimento do STF influenciou diretamente a mudança da jurisprudência no STJ. Anteriormente, a Sexta Turma adotava o mesmo entendimento defendido pelo STF no RHC 86.082-6. Em 2016, A Sexta Turma do STJ adotou o seguinte entendimento, no julgamento do HC 356.810, ocorrido em 15/09/2016:

No que tange à ilicitude da prova em face da invasão de domicílio, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio. Precedentes.
(HC 356.810, p. 1-2)

Este era o entendimento que prevalecia em ambas as turmas do STJ que julgam os

processos penais. Atualmente, o entendimento permanece inalterado na Quinta Turma (HC 418.867; AgRg no ARE nº 1.356.583), de forma que se coaduna com o entendimento defendido anteriormente pelo STF no RHC 86.082-6.

Porém, a jurisprudência atual da Sexta Turma foi alterada, se alinhando com o que foi decidido pelo STF no RE 603.616. Em acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ no RHC 83.501, julgado no dia 06/03/2018, a Sexta Turma entendeu que, mesmo nos casos de tráfico de drogas, os policiais devem agir sob uma fundada suspeita, amparada em elementos objetivos, para invadir o domicílio de uma pessoa (RHC 83.501, p.27). A constatação de situação de flagrância posterior ao ingresso não justifica a medida (p.19).

Além disso, em seu voto-vista, o Ministro Rogério Schietti Cruz afirmou que a exceção prevista pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal demanda uma situação emergencial, a qual nem todo crime permanente denota (RHC 83.501, p. 21).

Outro ponto interessante do voto consiste na afirmação de que a fundada suspeita deve ser relacionada à situação de flagrante que permita a violação do domicílio (RHC 83.501, p. 17). Assim, uma fundada suspeita de que um indivíduo porta drogas consigo não é o suficiente para legitimar a violação do domicílio (RHC 83.501, p. 16-17).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS EUA E A EXCEPCIONALIDADE DAS HIPÓTESES DE PRISÃO EM RAZÃO DE FLAGRANTE DELITO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma novidade substancial frente ao antigo sistema: a exigência de mandado judicial para o ingresso na casa de terceiro, excetuando-se as situações de desastre, prestação de socorro, e o ora debatido, flagrante delito. Pontue-se que, anteriormente à Constituição de 1988, no lugar da expressão citada estava o vocábulo “crime” (GRANDINETTI, 2009, p. 90). Muitas das expressões contida nesse texto constitucional já estavam regulamentadas previamente: o conceito de “casa” vem disposto no art. 150 do Código Penal, que trata do crime de violação de domicílio; o conceito de “prestar socorro” é tratado no art. 135 do CP, que tipifica a omissão de socorro; por sua vez, a caracterização temporal – dia e noite – tem tratamento particular no art. 245 do Código de Processo Penal; por último, especificamente, o termo “flagrante” possui conceituação prévia, também no Código de Processo Penal.

Em sua redação original, especificamente, o artigo Art. 302 do Código de Processo

Penal dispõe em seus incisos sobre as hipóteses de flagrante, as quais tem servido para a doutrina propor a classificação das espécies de flagrante: flagrante próprio, ou seja, aquele em que o acusado é surpreendido praticando o delito ou quando acaba de praticá-lo (incisos I e II); flagrante impróprio, aquele em que o agente é perseguido logo após o cometimento do crime, em situação que faça ser presumido que ele é o autor do delito (inciso III) e; flagrante presumido, ou seja, o acusado é preso com instrumentos que presumam que ele praticou o crime, logo após seu cometimento (inciso IV) (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 463).

A primeira questão que surge dessa regulamentação é o alargamento da compreensão doutrinária do conceito de flagrante e sua inconstitucionalidade. Para Tornaghi (1995, p. 52) na primeira hipótese haveria “o verdadeiro flagrante”, nas demais seriam “quase-flagrante”, ou seja, “a lei sabe que na realidade não há flagrante, mas as trata como se flagrante houvesse”, tratando-se de uma ficção jurídica. Para Grandinetti (2009, p. 91), “ser” é diferente de “assemelhar-se”, logo, as hipóteses dos incisos III e IV seriam formas assemelhadas, concluindo o autor que a norma constitucional somente seria aplicada ao flagrante impróprio (GRANDINETTI, 2009).

Isso porque a prisão em flagrante justifica-se quando, com o objetivo de se fazer cessar a infração, captura-se o acusado com base em uma convicção aparente quanto à autoria e à materialidade. Tal convicção surge através do domínio visual dos fatos. O flagrante ocorre quando há a visibilidade do delito. O flagrante capta as coisas no momento de sua ocorrência, assim o fato se subsume à percepção de quem observa, aos seus sentidos. Esse “elemento visual” do flagrante é extensamente repetido na doutrina, aproximando-se em muito ao debate sobre a “expectativa de privacidade” e a “doutrina da primeira vista”²⁷.

A segunda questão é a finalidade da medida diante da nova regulamentação das hipóteses de uso da prisão processual. A prisão em flagrante passou a ter caráter pré-cautelar. Caracteriza-se por sua precariedade, não tendo como fim a garantia de resultado do processo, nem uma punição prévia, mas sim o encerramento da execução do crime, possuindo

²⁷ Para Mirabete (1997, p. 383) “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, por ser considerado a certeza visual do crime”; para Carnelutti⁴: “Flagrante é o delito enquanto constitui prova de si mesmo, e não a qualidade do ‘delito cometido atualmente’. De outra forma, todo delito seria flagrante, uma vez que qualquer infração penal tem sua atualidade. Mas o flagrante, não é atualidade, e sim visibilidade do direito”⁵; para José Frederico Marques, (2000, p. 72) “flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente ilícita. Para Carnelutti (2002, p. 55, apud MARQUES, 2000, p. 71) há, assim, ‘a certeza visual do crime’, pelo que a pessoa, que assiste à cena delituosa, pode prender o seu autor, conduzindo-o, em seguida à autoridade competente.”; para BARROS a caracterização do flagrante, não seria suficiente a intercorrência do delito, mas também, que ele seja visto enquanto ocorre. O delito deve, portanto, ser visível e atual (1982, p. 130);

pressupostos distintos da prisão preventiva (medida cautelar). Não se justifica sozinha, não podendo ser utilizada como um fim em si mesmo, como se representasse a antecipação de uma futura pena a ser imposta mediante um processo (LOPES JR., 2013, p. 50-52). A pretensão é que seja encerrada a violação aos bens jurídicos atingidos pelo delito. Desse modo, a prisão anterior ao processo só poderá ser efetivada quando necessária à neutralização de riscos que não poderia ser de outra forma conduzida. Essa assertiva traduz o chamado princípio da excepcionalidade da prisão (BARRETO, 2007, p. 25). Se de um lado há a presunção de inocência do acusado, em outro lado há a necessidade de cessação do cometimento do delito (BATISTA, et al., 2009, p. 31).

Nesse contexto, observa-se que a possibilidade de prisão não se confunde com a necessidade da aplicação dessa medida, havendo casos em que a própria lei infraconstitucional afasta a possibilidade de flagrante. Se a possibilidade de flagrante concedesse um poder ilimitado à prisão, a própria limitação legal deveria ser tomada por inconstitucional. A hipóteses, todavia, dizem respeito ao não interesse do Estado na aplicação da medida, tendo em vista a natureza do comportamento delituoso. No sistema estadunidense, essa distinção é feita a partir da distinção entre *Felonys* e *misdemeanors*, sendo a gravidade essencial para que haja uma exceção à IV Emenda.

O flagrante nos crimes permanente possui regulamentação no art. 303 que define a existência de flagrante “enquanto não cessar a permanência”. Trata-se, portanto, de uma regulamentação legal que, novamente recorre a um debate doutrinário sobre a relação entre tempo e momento consumativo. Damásio de Jesus (2010, p. 233) define os crimes permanentes como aqueles que causam uma situação danosa que se prolonga no tempo⁷. Diferentemente dos crimes instantâneos, os quais se completam em um único momento. Como há um prolongamento da consumação, haveria também um alongamento do estado de flagrância (LOPES JR., 2013, p. 61). Para Badaró (2009, p. 97), a regra do artigo 303 do CPP é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível.

Em nossa opinião, nas hipóteses do art. 303 do CPP, nos crimes permanentes, como o tráfico de entorpecentes, a análise da prisão em flagrante torna-se mais complexa se vista, como deve ocorrer, através de uma abordagem constitucional. Não condiz com a ordem constitucional vigente apenas a alegação de que o crime permanente em qualquer hipótese permite a entrada em domicílio.

Malgrado a tentativa de fazer decorrer a legalidade de qualquer prisão em crimes permanentes, é preciso observar que a classificação como permanente não esgota a compreensão dos casos que podem ser considerados, o que é perfeitamente compreensível quando se comparam dois crimes permanentes, os quais tem diferentes modalidades de afetação do bem jurídico: o tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.433/2006) e a extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP).

A propósito, Damásio de Jesus (2010, p. 229) difere os crimes de dano e os de perigo. Nos primeiros, a consumação só ocorre com a efetiva lesão gerada ao bem jurídico, como por exemplo, o homicídio (art. 121 do CP). Já nos crimes de perigo, a consumação ocorre com a mera possibilidade de dano. No crime de perigo abstrato, não há, uma vítima concreta, uma vez que o dano resulta da própria omissão/ação do agente. O tráfico de drogas é um crime permanente (se prolonga no tempo) mas de perigo abstrato em que o bem jurídico protegido, a saúde pública, presume-se violado pela simples ação (possuir) do sujeito ativo. Paralelamente, nos crimes permanentes de perigo concreto²⁸ há uma possibilidade real de lesão ao bem jurídicos protegidos. Por exemplo, na extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP), os bens jurídicos protegidos, a liberdade pessoal e a propriedade do sujeito passivo (GRECO, 2011, p. 253) estão, em tese, sendo violados continuamente.

A longa construção jurisprudencial americana sugere uma perspectiva sobre esse problema. Resta evidente que a excepcionalidade da entrada policial sem autorização judicial justificar-se-ia na medida em que cessaria a lesão. No tráfico de drogas, por não haver lesão real que se prolonga no tempo ao bem jurídico, poder-se-ia esperar a autorização judicial para a entrada em domicílio para apreender-se provas e suspeitos, salvo se houvesse o risco efetivo de que as provas fossem destruídas pelo sujeito ativo.

As garantias constitucionais servem para legitimar a intervenção estatal e ao mesmo tempo limitá-la (FERRAJOLI, 2002, p. 3). De fato, a legitimidade decorre da sua limitação. Por isso o raciocínio que busca interpretar o texto conforme as regulamentações legais infraconstitucionais contém o silenciamento quanto às contradições daí decorrentes. Se o flagrante legal for uma exceção à garantia constitucional dos direitos relativos à privacidade, pode-se, por exemplo, afirmar que a inviolabilidade das ligações telefônicas poderia ser afastada caso o policial adivinhasse que um crime permanente está em andamento e está sendo praticado por contato telefônico, como na hipótese de tratativas para a entrada e divisão de

²⁸ Um crime é de perigo concreto nos casos em que sua consumação exige a existência de situação de efetivo perigo, não bastando o perigo ser presumido, como acontece nos crimes de perigo abstrato (JESUS, 2010, p. 230).

tarefas em organização criminosa?

A comparação com o debate estadunidense sobre os limites da ação policial, permitem reconsiderar a hipótese constitucional de exceção contida em nosso sistema. No texto brasileiro, as hipóteses excepcionais são “de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro”, ou seja, indicam uma urgência na ação que definem a impossibilidade de submeter a ação policial ao prévio controle judicial e, de fato, elas não podem ser interpretadas de modo isolado e alheio ao princípio de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não é possível desconsiderar o argumento prático de que uma concepção ampla de flagrante ou de flagrância dissociada de um situação concreta de risco, constitui uma porta aberta para arbitrariedades e violações de direitos.

A jurisprudência utiliza o fato de que o tráfico é crime permanente para justificar a hipótese de entrada em domicílio, pois a consumação do delito estaria se perpetuando no tempo. Entretanto, a natureza do crime, definido assim pela doutrina, não deveria justificar por si só a busca sem mandado. Deve-se considerar a relação entre a urgência e a possibilidade de efetiva violação do bem jurídico. Relembre-se, por exemplo, a diferença entre o crime de extorsão mediante sequestro e o tráfico de drogas. De fato, no primeiro, existe a possibilidade de uma lesão efetiva e real ao bem jurídico concreto, a vida da vítima. Já no segundo, a lesão é ficta, presumida, pois a saúde pública não está sendo afetada enquanto o autor guarda a droga em sua casa.

Malgrado as diferentes ondas punitivistas e garantistas na Suprema Corte estadunidense fica evidente que as circunstâncias que exigiriam a dispensa de prévia de autorização judicial seriam aquelas em que o policial tem que tomar uma medida oficial imediata, contudo, não há tempo necessário para a obtenção do mandado de busca ou prisão.

No caso brasileiro, a leitura das exceções contidas no artigo 5º, sem tomar em consideração que ali se estabelecem direitos fundamentais que devem ser interpretados no sentido de garantir a máxima eficácia, tendem a transformar a exceção em regra. Aliás, a não leitura sistemática dos dispositivos deveria levar ao absurdo de se entender que para o constituinte o sigilo das comunicações é mais relevante que o direito à privacidade em casa durante o repouso noturno, transformando o sistema de direitos fundamentais numa arapuca legal ao invés de um escudo da liberdade dos indivíduos diante da ação do Estado.

A política de drogas tem sido um teste difícil para o sistema de garantias constitucionais de direitos fundamentais no processo penal. O modelo repressivo é comprovadamente ineficaz, porém é capaz de produzir novas formas de legitimação com seu fracasso. O juiz americano

Thurgood Marshall ao julgar o caso *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602 (1989b), explicitou o paradoxo desse modelo:

Precisely because the need for action against the drug scourge is manifest, the need for vigilance against unconstitutional excess is great. History teaches that grave threats to liberty often come in times of urgency, when constitutional rights seem too extravagant to endure.²⁹ (U.S., 1989b, p. 635).

O Brasil convive, como se tem apontado, com diferentes níveis de contradição entre princípios garantistas e punitivistas³⁰. Nossa Corte Constitucional não apenas oscilou entre a validação de dois modelos de política legislativa criada após a Constituição de 1988. Ela foi decisiva, com sua indiferença, para a manutenção de práticas cotidianas de violência policial que eram justificadas com base em interpretações “tradicionalistas” dos dispositivos legais existentes. De tal modo que é muito duvidoso dizer que houve a criação de um subsistema de exceções pós-1988, responsável por criar violações aos direitos fundamentais. De fato, o subsistema de exceções pós-1988 deu, muitas vezes, ares de legalidade constitucional a práticas inconstitucionais que já estavam cristalizadas nas instituições policiais e jurídicas, no próprio sistema legal e, especialmente, nas práticas judiciais inconstitucionais. (DUARTE & KALKMANN, 2018).

A observação do debate constitucional estadunidense traz à lume um aspecto importante do comportamento adotado por nossa Corte: a dificuldade de falar sobre padrões institucionais de violência policial que podem estar contidos na jurisprudência dos casos de flagrante relativos à política de drogas. A não superação desse limite representa um golpe decisivo na construção da cidadania no país. (PONTE & DUARTE, 2018)³¹

²⁹ “Precisamente porque a necessidade de ação contra o flagelo das drogas é manifesta, a necessidade de vigilância contra excessos inconstitucionais é grande. A história ensina que graves ameaças à liberdade frequentemente surgem em tempos de urgência, quando os direitos constitucionais parecem muito extravagantes para se manterem.” (Tradução nossa)

³⁰ De forma sintética, essas contradições podem ser apresentadas do seguinte modo: a) no texto constitucional normas que instituem um modelo fundado em princípios garantistas de processo e direito penal versus normas que respondem às demandas punitivistas do momento constituinte, tais como, a categoria aberta de crimes hediondos e a equiparação do crime de tráfico de drogas, formando um microsistema de exceções punitivistas; b) entre os princípios constitucionais garantistas e as leis penais e processuais existentes, as quais estavam marcadas pelo modelo de direito processual e penal autoritário da Era Vargas; c) entre as normas processuais penais autoritárias e as reformas pontuais do Código de Processo Penal que pretenderam dar efetividade ao modelo garantista; d) entre o modelo constitucional garantista, as normas processuais que pretenderam dar efetividade a esse modelo e a política legislativa que permitiu o alargamento do microsistema de exceções punitivistas com a finalidade de combate à criminalidade comum a partir dos anos de 1990 e à criminalidade de colarinho branco mais recentemente;

³¹ O próprio sistema das Nações Unidas priorizou a criminalização e aplicação primordial da pena de prisão, relegando a prevenção e o tratamento de usuários. (BATISTA et al, 2009).

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BATISTA, Vanessa Oliveira; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; VARGAS, Beatriz. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Brasília: Série Pensando o Direito, vol. 1, 2009, pp. 110-111.

BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO NETTO, M.; SCOTTI, G. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. *Belo Horizonte: Fórum*, 2012.

CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. As Abordagens Policiais e o Caso *Miranda v. Arizona (1966)*: violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 303-334, 2018.

CARVALHO, Salo & DUARTE, Evandro Piza Duarte. *Criminologia do Preconceito*. Saraiva, 2017.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de Castro. GONÇALVES, Eduardo da Silva. *A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades*. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aplica%C3%A7%C3%A3o-da-common-law-no-brasil-diferen%C3%A7as-e-afinidades>>. Acesso em 22/09/2018.

CRIMINAL LAW. Saylor Academy, 2012. Disponível em: <http://www.opentextbooks.org.hk/system/files/export/28/28025/pdf/Criminal_Law_28025.pdf>. Acesso em 28 de março de 2019.

DUARTE, E. C. P.; MURARO, M. ; LACERDA, M. ; DEUS GARCIA, Rafael de. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: Isabel Seixas de Figueiredo; Gustavo Camilo Baptista e Cristiane do Socorro Loureiro Lima. (Org.). *Pensando a Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais*. 1ed. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014, v. 5, p. 81-120.

DUARTE, E. C. P.; QUEIROZ, M. V. L. ; SILVA, T. C. . Mississippi em chamadas e os paradoxos da justiça: as garantias processuais, a luta pelos direitos civis e o encarceramento em massa nos Estados Unidos. In: Bruno Amaral Machado; Cristina Zackseski; Evandro Piza Duarte. (Org.). Criminologia e Cinema: semânticas do castigo. 1ed. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2018, v. , p. 322-340.

DUARTE, Evandro Piza; KALKMANN, Tiago. Por uma releitura dos conceitos de sistema processual penal inquisitório e acusatório a partir do princípio da igualdade. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 142, p. 171 – 208, 2018.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999. 359p .

FEDERAL REPORTER. United States v. Rengifo. Federal Reporter 2d Series. Eagan: West Publishing, v. 858, 1988, pp. 800-809.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRANDINETTI, L. G. Castanho de Carvalho. Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Editora Impetus,

JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral. 32ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. 2011.

LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4º Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas políticas: A tradição inquisitorial. Revista Brasileira de Ciências Sociais, RJ, vol. 4, n. 10, p. 65-83, jun. 1989.

MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal interpretado. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORGAN, Robert. Knock and Talk: Consent Searches and Civil Liberties. FBI Law Enforcement Bulletin, Washington, vol. 60, n. 11., p. 6-10, nov. 1991. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/133194NCJRS.pdf>>. Acesso em 01/04/2019.

NETO, João Antunes dos Santos. Atributos do Ato Administrativo. In: Revista da Faculdade de Direito. v. 1, n. 1. Faculdade de Direito da Umesp. São Paulo, 2004. p. 252-270.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal Parte Geral. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Gisela Aguiar Wanderley. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1117-1154, set./dez. 2017a.

RODRIGUES, Gisela Aguiar Wanderley. Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrolo da busca pessoal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 128, n. 25, p. 115–149, 2017b.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALTZBURG, Stephen A. *American Criminal Procedure: cases and commentary/* by Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra. – 5º edição. American casebook series, 1996

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTHERN REPORTS. *Jardines v. State*. No. SC08-2101. *Souther Reports*, 3d Reports, v. 73, 2011, pp. 34-69.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 9 ed. 1995.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Califórnia v. Acevedo*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 500, 1991a, p. 565-602.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *California v. Hodari D.* Washington: Supreme Court of the United States, v. 499, 1991b, pp. 621-648.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Florida v. Jardines*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 569, 2013, pp. 1-12.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Florida v. Riley*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 488, 1989a, pp. 445-468.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Hester v. United States*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 265, 1924, pp. 57-59.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Illinois v. Gates*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 462, 1982, pp. 213-295.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Jonhson v. United States*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 333, 1948, pp. 10-17.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Katz v. United States*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 389, 1967, pp. 347-374.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Schneckloth v. Bustamonte*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 412, 1973, pp. 218-290.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*. Washington: Supreme Court of the United States, v. 489, 1989b, pp. 602-655.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. Terry v. Ohio. Washington: Supreme Court of the United States, v. 392, 1968, pp. 1-39.

UNITED STATES REPORTS [U.S.]. Wilson v. Arkansas. Washington: Supreme Court of the United States, v. 514, 1995, pp. 927-937.

Trabalho recebido em 11 de setembro de 2019

Aceito em 06 de dezembro de 2020