

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é constituída sob a égide de um Estado Democrático de Direito, como se observa desde o preâmbulo da sua Constituição. Em virtude disso, a estrutura democrática brasileira filia-se, no que diz respeito à seara penal e processual penal, às teses garantistas capitaneadas por Luigi Ferrajoli, o qual, de modo geral, propõe uma série de postulados que objetivam evitar a prática de arbitrariedades do Estado em face de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Algumas máximas decorrentes do garantismo penal do mencionado jurista italiano são possíveis de serem visualizadas no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o princípio da legalidade, o qual inviabiliza a condenação de uma pessoa por fato não previsto em lei, e o princípio do contraditório, que preconiza a necessidade de o réu saber qual fato lhe está sendo imputado. Ambos os axiomas são corolários naturais do garantismo penal, e possuem características inerentes a de um Estado Democrático.

Surgiu, entretanto, uma corrente de pensamento que afirma a existência de manifestações, na doutrina e na jurisprudência brasileira, do denominado Garantismo Hiperbólico Monocular, fenômeno que, em tese, teria o condão de conferir a observância única e exclusiva de garantias individuais de determinado sujeito em detrimento de direitos fundamentais da coletividade.

A mencionada tese é encabeçada pelo professor Douglas Fischer, o qual prega que as lições idealizadas por Luigi Ferrajoli, em seu mais autêntico intento, consistiriam na defesa de um garantismo penal integral, e não um seletivo que focalize apenas nos interesses individuais ao prejuízo das garantias de todos os outros cidadãos. Para o autor, o resultado do descumprimento à concretização desse garantismo penal integral seria, naturalmente, a manifestação de um garantismo exacerbado (hiperbólico) que incida, preponderantemente, sobre uma determinada parte (monocular).

Douglas Fischer entende, nessa linha, que vem sendo aplicado no Brasil um garantismo penal distorcido da tese idealizada por Luigi Ferrajoli, que seria um garantismo penal integral, que observasse os direitos e garantias fundamentais tanto da vítima como do acusado em igual proporção. Com esse espírito, cunha a expressão intitulada de Garantismo Hiperbólico Monocular, que tem como finalidade:

[...] demonstrar que a proposta de Luigi Ferrajoli está tendo “leituras equivocadas” especialmente em terras brasileiras, enfatizando exclusivamente apenas um dos vetores do que propugnado pelo autor italiano. Não se está defendendo ser

equivocado fazer a devida adaptação ao que consta na teoria original ao sistema brasileiro. O que se procura criticar - com dados e elementos concretos - é uma distorção efetiva da gênese e essência da teoria. (FISCHER, 2014, p. 111).

Com base na teoria do garantismo hiperbólico monocular, pretende-se analisar o julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 766.654/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, datado de dezembro de 2022, que recebeu destaque no Informativo de Jurisprudência nº 759 do tribunal. Ao ser selecionado para compor tal boletim, há indicação de certa novidade e da relevância da repercussão do acórdão quanto à aplicação da norma. A decisão estabeleceu entendimento voltado à configuração da prova ilícita. Consoante à inteligência do enunciado, existindo controvérsia entre o depoimento de policiais e o testemunho de morador que tem a casa vistoriada pela polícia, junto a falta de comprovação de que o consentimento para ingresso na residência se deu de forma livre e voluntária, reconhecida estaria a ilegalidade da busca domiciliar.

Tem-se por objetivo compreender a manifestação do fenômeno do Garantismo Hiperbólico Monocular em decisão judicial destacada pelo Informativo nº 759 do Superior Tribunal de Justiça no tocante à configuração de provas ilícitas no Direito Processual Penal. São abordadas, primeiramente, as discussões teóricas que levam à ideia de que o garantismo de Ferrajoli seria integral, de modo a se abordar a distorção percebida no argumento do Garantismo Hiperbólico Monocular. Após isso, são elencadas as nuances que formaram o convencimento da decisão final do STJ no AgRg no HC 766.654/SP, para, ao final, entender-se a adequação da crítica geral de Douglas Fischer a esse caso em específico.

No que tange à metodologia do presente trabalho, trata-se de uma pesquisa explicativa, uma vez que tem por finalidade estabelecer relações entre discussões teóricas e a manifestações de fenômenos a elas pertinentes, aprofundando a compreensão destes. No tocante às fontes consultadas, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, a qual tem como fontes livros e artigos científicos, e documental, por também se recorrer à jurisprudência. Procedeu-se, inicialmente, a uma esquematização das teorias trabalhadas, de modo a se ter um panorama da ideia principal em Ferrajoli para se elucidar as posições críticas, e, em seguida, selecionou-se julgados com entendimentos que auxiliavam na contextualização da decisão estudada. Por fim, quanto à abordagem, cuida-se de pesquisa qualitativa, objetivando tratar do fenômeno da concretização do garantismo penal sob a perspectiva crítica de Douglas Fischer, especialmente na edição do Informativo 759 do Superior Tribunal de Justiça.

2 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E A TESE DO GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR

Uma das vertentes teóricas mais estimadas nos debates jurídicos, especialmente na seara penal, é o garantismo penal desenvolvido pelo professor Luigi Ferrajoli. Tal teoria, fundamentada sob o prisma de um Estado Democrático de Direito, estabelece garantias disponíveis ao cidadão frente ao poder punitivo do Estado, amalgamando princípios e axiomas que têm como finalidade evitar ou impedir o cometimento de arbitrariedades condenatórias contra determinado indivíduo.

Conforme o próprio autor dispõe, eis o significado do garantismo penal:

Con todo, la acepción prevalente de la palabra ‘garantismo’ es la de “garantismo penal”. Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. En este sentido, el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, de minimización de ese “terrible poder” —como lo llamó Montesquieu— que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo. (FERRAJOLI, 2006, p. 10-11).

Em uma perspectiva histórica, o que se percebe é que essa corrente de pensamento é uma resposta à indevida expansão do Estado em direção à esfera de direitos da pessoa, a qual se manifestou, por exemplo, nos regimes políticos de caráter fascista, que se originaram no século XX, na Itália governada por Benito Mussolini, e sendo caracterizado pelo autoritarismo e pela forte supressão de liberdades e garantias individuais.

Nisso, o estudo do garantismo penal capitaneado por Luigi Ferrajoli reúne, ao todo, dez axiomas que se encontram presentes no ordenamento jurídico pátrio desde normas constitucional até a legislação ordinária, os quais constituem prerrogativas das quais goza o cidadão frente ao poder de punição do Estado.

Ferrajoli (1995, p. 103-105) chama de condições, limites ou proibições tais máximas, que estão citadas em sua obra *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, sendo mencionadas como formas de assegurar o indivíduo contra o arbítrio ou os erros que podem ser cometidos no contexto da persecução penal. Em suma, não se admite a aplicação de uma pena sem que haja previamente o cometimento de um delito, devendo este estar previsto em

lei antes do fato. É preciso, ainda, que se tenha a necessidade de sua proibição e de punição, o ocasionamento de efeitos lesivos a terceiros, o caráter exterior (ou material) do ato em si, a imputabilidade e a culpabilidade do autor. Por fim, é imprescindível que a comprovação, que deve se dar empiricamente, seja feita ao juiz imparcial, por meio de uma acusação que será processada publicamente e com a oportunidade para o contraditório da defesa, na conformidade de procedimentos preestabelecidos em lei.

Importante destacar que o garantismo penal é dividido sob duas facetas: o garantismo positivo e o negativo. De acordo com Celina Macedo (2010), o primeiro tem como fim impedir a proteção deficiente do Estado em face aos direitos fundamentais, devendo o ente estatal estabelecer medidas que concretizem a tutela de garantias fundamentais ao cidadão. O segundo, por sua vez, diz respeito à proibição do excesso, oportunidade em que o Estado, sob o manto do princípio da proporcionalidade, não deve se exceder no instante em que se vale do *jus puniendi*.

Sob o contexto de um Estado Democrático de Direito, há de ser, portanto, alcançado o ponto de equilíbrio entre a proteção deficiente e o excesso por parte do Estado nos imperativos de tutela calcados nas lições de Luigi Ferrajoli, a fim de que arbitrariedades e injustiças, seja por intermédio da ação ou, até mesmo, da omissão estatal, não venham a ser perpetradas em desfavor do cidadão.

Douglas Fischer, nesse sentido, adverte que o garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli não foi desenvolvido exclusivamente para postular a aceitação negativa do garantismo, isto é, impedir eventuais excessos estatais na persecução penal, mas, também, reafirmar os direitos fundamentais de todos os cidadãos e efetivar a proteção aos bens jurídicos tutelados pela norma.

Fischer (2009) alerta que o ideal almejado por Luigi Ferrajoli era propor um garantismo penal integral, onde se busca assegurar e proteger o réu contra arbitrariedades cometidas pelo Estado, e, concomitantemente, salvaguardar as garantias fundamentais dos indivíduos componentes da sociedade e os demais bens jurídicos. Nisso, arremata: “Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados.” (FISCHER, 2010, p. 48).

Acerca do assunto, expõe o autor:

[...] em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os ideais garantistas sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa garantismo. **É a íntegra de seus postulados (devidamente concatenados)**

que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se unicamente direitos individuais fundamentais) e que temos denominado de garantismo monocular, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu integral pensamento). (Fischer, 2014, p. 117, grifou-se).

Com base nessa linha de raciocínio, Fischer (2009) critica que o garantismo penal de Luigi Ferrajoli tenha sido distorcido por parcela da doutrina e da jurisprudência brasileira, uma vez que tutela apenas os interesses individuais de determinada pessoa ao arrepio dos direitos fundamentais individuais e sociais de todos os outros cidadãos, incluindo a vítima e o próprio Estado (bens jurídicos tutelados pela norma).

Compreendemos que a leitura mais racional da tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. [...] Não temos dúvidas, a Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, mas insistimos: a teoria garantista não existe apenas para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais. (FISCHER, 2014, p. 124, grifou-se).

Nesse espírito, Douglas Fischer cunha a expressão “Garantismo Hiperbólico Monocular” para definir situação em que apenas os direitos do acusado são observados, de maneira consideravelmente desproporcional, em detrimento dos interesses individuais e coletivos de outros cidadãos que compõem a sociedade. Consoante Fischer (2014, p. 130), “em [uma] compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança” (acresceu-se).

Observa-se, ademais, que a noção apresentada pelo autor do garantismo hiperbólico monocular é sensivelmente oposta à crítica levantada por Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009), que, com a finalidade de desaprovar a seletividade do garantismo penal, utilizam o termo “exagero garantista” para rotular a postura adotada pelo Poder Judiciário no Brasil. Douglas Fischer, na contramão desse raciocínio, insiste que a problemática reside não no exagero, mas na distorção do ideal garantista preconcebido por Luigi Ferrajoli, que tinha como intento difundir lições voltadas a um garantismo penal integral.

Para tanto, Fischer (2014), em sua obra, faz questão de frisar que jamais se posicionou em sentido oposto ao avanço e da concretização dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, destaca marco histórico:

Fizemos outro corte para deixar claro: **somos integralmente favoráveis à doutrina de garantias, mas devidamente aplicada e sopesada**. Aliás, apenas para destacar, é de nossa lavra, como membro do Ministério Público, **o primeiro habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal pedindo o afastamento da Súmula 691, STF, em prol de réu condenado sem o devido processo legal**. (BRASIL, 2014, p. 113, grifou-se).

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli teve como pressuposto inicial a proteção aos direitos fundamentais individuais (primeira geração) frente aos arbítrios provocados pelo Estado (Fischer, 2014). Contudo, a teoria do jurista italiano não cessou apenas nesse estágio, havendo avançado para a proteção de direitos coletivos e sociais.

Todavia, “garantismo” – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli, notadamente em dias atuais, com a evolução do pensamento – não é e não pode ser (mais) um marco teórico calcado exclusivamente na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos direitos fundamentais individuais, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos coletivos e sociais), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que não podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior. (Fischer, 2014, p. 116).

A premissa central é, então, a ideia de que o garantismo penal, idealizado por Luigi Ferrajoli, vem sendo entendido e aplicado de forma distorcida, de acordo com Douglas Fischer, por grande parcela da doutrina e da jurisprudência no Brasil, havendo uma priorização de concessão dos direitos e garantias fundamentais a uma parcela da sociedade sobre a outra de maneira desproporcional. Haveria, desse modo, verdadeiro esvaziamento do direito penal enquanto instrumento de pacificação social, pois a impunidade só alimenta ímpetos de vingança privada e pereniza ciclos de violência.

3 O INFORMATIVO 759 DO STJ E AS PECULIARIDADES DO CASO DESTACADO NA ÁREA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Em dezembro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou o Informativo 759, documento no qual compilou, dentre entendimentos acerca das mais variadas matérias, a seguinte tese: “Havendo controvérsia entre as declarações dos policiais e do flagranteado, e inexistindo a comprovação de que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar.” (Brasil, 2022, n.p.). No caso concreto, a equipe de policiais encontraram diminuta quantidade de

entorpecente, junto a certa quantia monetária em posse do domiciliado, fatores que indicavam a prática de tráfico de drogas na residência vistoriada.

Eis uma breve transcrição dos autos do episódio narrado.

[...] policiais militares receberam informação a respeito da existência de tráfico na residência do paciente, para lá se dirigiram e se depararam com Marcelo defronte a sua residência, o qual, ao avistá-los, dissimulou e tentou entrar na casa, porém foi abordado. Em revista pessoal nada de ilícito foi encontrado em seu poder. A esposa de Marcelo, Laise, autorizou o ingresso dos agentes da lei na residência sendo que, em varredura no local, em cima de uma cômoda, dentro de uma bolsa pequena, foram encontradas as drogas apreendidas e a quantia de R\$20,00 (vinte reais) em espécie. (Brasil, 2022, p. 4).

No Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 766.654/SP, julgado que recebeu destaque na área de Direito Processual Penal do Informativo de Jurisprudência nº 759, a composição policial, antes de ingressar na residência vistoriada, realizou a filmagem, em áudio e vídeo, de uma moradora da casa diligenciada (no caso, a esposa do acusado), havendo sua companheira consentido o ingresso dos policiais na residência.

Que percebeu que se tratava de uma guarnição da polícia militar, tendo inicialmente afirmado que somente poderiam entrar com mandado judicial. Que os policiais então começaram a falar com a declarante no sentido de que esta poderia ter problemas em não autorizar a entrada, tais como perder a guarda do filho e eventualmente ser presa. Após esse impasse, a declarante, amedrontada, autorizou a entrada. Que após autorizar, **a guarnição começou a filmar e pediu para que a declarante autorizasse novamente, sendo este trecho provavelmente documentado em vídeo.** Afirma que havia mais policiais no local na via pública, os quais afirmaram que iriam invadir o local, com ou sem mandato. (grifou-se) (Brasil, 2022, p. 4)

Nota-se que a equipe de policiais não só afirmou, por meio de depoimento, que houve consentimento por parte da esposa do acusado no ingresso à residência, como também realizou, ainda, a gravação da permissão concedida pela moradora da casa. Em casos semelhantes, a falta do registro audiovisual do consentimento já foi usada como fundamento para se reconhecer a ilicitude probatória, como no julgamento do Habeas Corpus nº 598.051/SP¹. O Ministério Público Federal argumentou que a denúncia anônima que foi feita aos policiais os levou a vigiar o comportamento do acusado e construir fundada suspeita da prática de atividades ilícitas (Brasil, 2022, p. 1).

¹ Nesse caso, os policiais abordaram o suspeito na rua após o seu comportamento evasivo ao ver a viatura, fizeram busca pessoal, não encontrando nada, e foram informados por ele que a sua residência estava próxima, sendo lá encontrado material indicativo da prática de tráfico de drogas. O STJ, citando casos paradigmáticos na jurisprudência de outros países, definiu a necessidade de registro audiovisual e escrito do consentimento do morador para que se adentre o seu domicílio, dando prazo para que as forças policiais se equipassem nesse sentido (Brasil, 2021).

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, acolheu a narrativa sustentada pela depoente (esposa) de que o consentimento não fora ofertado de maneira livre e voluntária. Nesse sentido, é possível verificar que o simples depoimento da esposa do acusado, consubstanciado no relato de que teria sido coagida a autorizar o ingresso policial em sua casa, teve condão de afastar o testemunho policial prevendo o contrário e, também, o material audiovisual onde se pode visualizar o consentimento da depoente.

Nessa situação, havendo o STJ considerado a busca domiciliar ilegal, tem-se a prova ilícita por derivação, isto é, o material recolhido na residência do vistoriado não pode ser objeto probatório suficiente para ensejar uma condenação, uma vez que o ingresso à residência se deu de forma ilegal. O sistema da prova ilícita por derivação (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal) foi o adotado pela legislação brasileira. Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 452) debruça-se sobre o assunto, e diferencia a prova ilícita derivada do material probatório obtido de fonte independente:

Considerando-se que a prova ilícita não pode gerar outra ou outras que se tornem lícitas, ao contrário, todas as que advierem da ilícita são igualmente inadmissíveis, a única exceção concentra-se na prova de fonte independente. A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita. (grifou-se)

A prova ilícita por derivação decorre da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados (*Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*), a qual surgiu no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* pela Suprema Corte Americana, no ano de 1920, preconizando o entendimento de que o vício ilegal latente em uma determinada prova enseja a nulidade e o descarte de todo o material probatório decorrente da prova inicial. (Gomes Filho, 2014).

Sobre o ônus probatório debatido no Informativo 759 do STJ, o professor Aury Lopes Júnior (2023), citando Luigi Ferrajoli, preconiza:

Ferrajoli esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada. É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias, senão atribuição ao acusador, ou seja, a carga da

prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência. Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente. (Lopes Júnior, 2023, p. 176).

A presunção de inocência deveria, dessa forma, prevalecer sobre quaisquer dúvidas ou controvérsias, não ficando a parte acusada incumbida da função de comprovar a sua inocência. Desse modo, ao magistrado resta o dever de decidir, fundamentado no sistema do livre convencimento motivado, se o material probatório apresentado pela acusação possui verossimilhança e, de igual modo, se está compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de invalidar a prova exibida.

4 A OBSERVAÇÃO DO FENÔMENO CRITICADO POR DOUGLAS FISCHER NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS

A tese capitaneada por Douglas Fischer entende que a distorção a respeito do garantismo penal prejudica a efetividade da persecução criminal deflagrada e, ademais, fomenta, ainda que indiretamente, a manutenção do comportamento criminoso, dando margem à perfectibilização do fenômeno atinente à impunidade.

Reportando-se ao enunciado descrito no Informativo 759 do Superior Tribunal de Justiça, nota-se que a formulação geral que foi desenvolvida pela Corte Cidadã aparenta ser mais um reflexo de um garantismo hiperbólico monocular, uma vez que é conferida observância aos direitos fundamentais de uma parte (domiciliado) em detrimento das garantias de todos os outros cidadãos (sociedade) – especialmente no que diz respeito ao direito à segurança – quando considerados eventos de maior relevo, como a apreensão de armas de fogo.

Observe-se, novamente, que o cerne da crítica está em garantir maior valor probatório ao depoimento do domiciliado do que ao testemunho oferecido pela composição policial, considerando a hipótese de não existirem outros elementos de informação senão a controvérsia isolada dos depoimentos. Não se pretende, pois, com a crítica, desejar que os Tribunais Superiores legitimem toda e qualquer ação policial perpetrada em domicílio alheio.

Cita-se, a título de ilustração, a decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça na apreciação do Habeas Corpus nº 644.951/GO: no episódio, a Corte

considerou ilegal busca domiciliar fundamentada, exclusivamente, em denúncia anônima. O entendimento se revela razoável à medida que o mencionado tribunal reiterou a necessidade de haver, no caso concreto, fundadas razões para que se possa ensejar a entrada em domicílio sem expresse mandado judicial autorizando a ordem de busca.

[...] 2. Como é de conhecimento, o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito. 3. O Superior Tribunal de Justiça, em acréscimo, possui pacífica jurisprudência no sentido de que a denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, inexistindo, nessas situações, justa causa para a medida. (BRASIL, 2021, n.p.).

Por outro lado, a mesma corte entendeu ser possível o ingresso em residência alheia, desamparada de autorização judicial, quando a denúncia anônima é rica em detalhes, isto é, mostra-se munida de informações que, acompanhadas de diligência previamente realizadas a fim de atestar seu teor de veracidade, demonstram a verossimilhança do evento noticiado.

[...] 2. Nessa linha de intelecção, tem-se que o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. Ou seja, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. Na hipótese, o contexto fático delineado nos autos evidenciou existirem fundadas suspeitas para que a autoridade policial realizasse a vistoria no imóvel, tendo em vista a denúncia anônima que havia indicado, com precisão e riqueza de detalhes, o endereço em que estariam sendo comercializados os entorpecentes, aliada ao fato de que os policiais civis, do lado de fora da casa, chamaram o nome de um dos agravantes, o qual saiu no corredor e, ao perceber a presença policial, gritou as seguintes palavras: “Molhou! Molhou! Joga fora”. Diante da fundada suspeita, os policiais adentraram ao imóvel e surpreenderam o agravante Felipe, no banheiro, quando dispensava parte da droga no vaso sanitário, e localizaram o agravante Marcos, no último quarto do imóvel, no qual havia mais drogas e petrechos usados no fracionamento e embalo de entorpecentes. Havia, portanto, elementos objetivos e racionais que justificaram o ingresso da polícia em domicílio alheio, sem autorização judicial, oportunidade na qual foram encontradas 90 porções de crack e 226 porções de cocaína. (BRASIL, 2022, n.p.).

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça assume postura evidentemente garantista, posto que estabelece balizas com a finalidade de verificar a legalidade, ou não, da entrada de policiais em residência alheia sem a competente autorização judicial, considerando a violação de garantia fundamental deve ser juridicamente justificada. Tal comportamento se revela adequado uma vez que o mencionado tribunal até autoriza o ingresso de policiais que

não munidos de mandado judicial na residência, porém exige, no exemplo citado, que a denúncia anônima seja rica em detalhes. Ademais, a Corte Cidadã autoriza, ainda, a entrada policial em domicílio alheio a qualquer hora do dia, desde que fique comprovado, na hipótese, o consentimento livre e voluntário do domiciliado.

Constata-se que, no caso em questão, mesmo diante de comprovação em mídia audiovisual atestando o consentimento do morador no ingresso ao domicílio, a jurisprudência brasileira se inclinou de modo a creditar maior valor probatório à narrativa defendida pelo vistoriado. Essa postura adotada pelas instâncias judiciais primárias e pelos Tribunais Superiores indicaria uma possível manifestação do garantismo hiperbólico monocular, por ter o potencial de inviabilizar a efetividade das ações de segurança pública.

Na visão crítica de Marques (2019), a problemática decorrente do fenômeno relativo ao garantismo hiperbólico monocular é a sensação de impunidade vivenciada pelos cidadãos atingidos pela conduta criminosa praticada por um indivíduo específico, uma vez que, ao supervalorizar direitos individuais e reprimir a proteção de interesses coletivos e sociais, negaria o Direito Penal como mecanismo efetivo de controle social e de justiça.

Nesse sentido, Marques (2019) dispõe:

Viola, assim, o princípio da efetividade do processo penal por não atingir direta ou indiretamente todos aqueles interessados na resolução do conflito processual, seja a vítima, seja a família da vítima, sejam as testemunhas e, principalmente, a sociedade em si, que espera uma resposta do Estado quanto à violação de seus direitos fundamentais, individuais ou sociais. Tal garantismo distorcido, presente em diversas decisões judiciais no nosso país, inviabiliza a punição dos crimes e veda o equilíbrio das garantias fundamentais às partes processuais, dando margem a arranjos desleais no processo, atendendo somente aos anseios do réu, de forma a livrá-lo da punição a todo custo. (p. 12-13).

Ainda que, enquanto agentes públicos, os policiais possuam presunção de veracidade quanto às suas declarações, isso se mostra sobrepujado em razão da proteção do acusado contra eventuais arbitrariedades, da presunção de sua não culpabilidade. No caso da entrada em domicílio, a autorização deve ser feita de forma livre e sem vício de consentimento. A simples controvérsia suscitada pelo particular que é titular do domicílio foi capaz de desfazer a força probatória da gravação audiovisual feita pelos policiais e tornar ilícito todos os elementos obtidos para a demonstração processual da prática criminosa. O registro do consentimento do morador, devidamente documentado e que seria suficiente para cumprir o ônus probatório da licitude do ato, pode, então, ser completamente ilidido pela mera alegação de coação (ou de outro vício de consentimento) do suspeito.

As inquietações pairam ao redor da viabilidade da atividade policial, não se descartando os inúmeros abusos que são cometidos e frequentemente noticiados, porém se corre o risco de se esvaziar a eficiência da segurança prestada pelo Estado em meio ao avanço e à complexificação de organizações criminosas. Não se fecha os olhos para a linha que, por vezes, pode ser tênue entre a otimização da efetividade da persecução penal e a transformação paulatina do Estado em um regime autoritário de desrespeito à esfera mínima de direitos dos indivíduos. Levando em conta a imprescindibilidade de prudência nesse contexto, a visão integral do garantismo se impõe à prática do direito nos tribunais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O garantismo penal com a proteção defendida de direitos e de garantias fundamentais encontra sensível harmonia com as bases ideológicas do Estado Democrático de Direito. Dentre as vertentes envoltas ao garantismo penal de Luigi Ferrajoli, a acepção negativa da mencionada teoria, consubstanciada na finalidade de se impedir o cometimento de excessos por parte do Estado na aplicação do *jus puniendi*, tem prevalecido no âmbito dos Tribunais Superiores. Isso ocorre em detrimento do aspecto positivo da teoria, que se volta para a eficiência da proteção estatal por meio da efetividade das normas penais.

A forma de aplicação das ideias garantistas, portanto, dá-se na contramão das ideias empreendidas pelo teórico, como argumenta Douglas Fischer, que defende a existência de um garantismo penal integral mediante a sua crítica ao que ele denominou de Garantismo Hiperbólico Monocular. Fischer entende que há um exagero no enfoque às garantias individuais, de modo a se perder de vista a necessidade da atuação estatal para proteger os direitos da coletividade.

Um exemplo disso pode ser constatado em decisão destacada na edição do Informativo 759 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que, não havendo outros meios de comprovação acerca do fornecimento de consentimento livre e não viciado para entrada em domicílio alheio, deve prevalecer o depoimento ofertado pelo vistoriado em detrimento da manifestação apresentada pela polícia judiciária responsável pela diligência. É dizer: se a autoridade policial lograr êxito em localizar, no domicílio de determinado sujeito, robusto repositório de armas de fogo, porém não conseguir atestar, efetivamente, que o ingresso ao domicílio se deu de maneira voluntária e livre, além de registro audiovisual, configurada está a ilicitude da diligência realizada.

Com base na teoria da prova ilícita por derivação, afasta-se da apreciação probatória o material colhido no interior da casa vistoriada, tendo em vista que a busca domiciliar, ato antecedente à colheita dos elementos de informação, foi declarada como sendo ilícita. Logo, consoante à Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, devem ser desentranhadas do processo judicial.

Mesmo com o cumprimento da imposição de registro da autorização do morador, a simples alegação de vício de consentimento, desacompanhada de elementos de prova, é capaz de devolver a carga probatória para a acusação, de modo que esta se vê completamente atada aos limites circunstanciais que lhe impedem de ir além do que já foi documentado. Não se olvida que, nos casos de coação, não se pode eliminar essa possibilidade quanto à geração de dúvida razoável, entretanto, a suscitação de simples controvérsia de declarações desfaça a força probatória da palavra de agentes públicos combinada à gravação do ato.

Sob esse viés, verifica-se, no âmbito do Informativo 759 do STJ, evidente manifestação do Garantismo Hiperbólico Monocular, uma vez que, sopesando-se os bens jurídicos expostos no caso apreciado, prevaleceu a inviolabilidade domiciliar diante da incolumidade pública. Em apertada síntese, nota-se que a garantia individual imperou sobre os interesses coletivos e sociais de outros cidadãos, os quais têm, de certa forma, o direito fundamental à segurança vilipendiado.

Nesse ângulo, na hipótese em exame, torna-se pertinente o seguinte questionamento: as garantias individuais de um sujeito, isoladamente, devem prevalecer de modo absoluto sobre os direitos fundamentais de outros cidadãos? O próprio sentido da persecução penal é esvaziado, quando ela, na verdade, deveria se mostrar efetiva para que, socialmente, a vingança privada não encontre amplo espaço para se justificar.

REFERÊNCIAS

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 741.190/SP**. Agravo regimental no habeas corpus. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação ratificada em sede de apelação. Nulidade. Alegada ilicitude das provas. Violação de domicílio. Inocorrência. Existência de fundadas razões. Agravo regimental a que se nega provimento. [...] Agravantes: Marcos Maciel Moreira e Felipe Albigesi Nogueira. Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 24 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201388998&dt_publicacao=30/05/2022. Acesso em: 05 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 766.654-SP**. Penal e processo penal. Agravo regimental no habeas corpus. 1. Invasão de domicílio. Denúncia anônima. Ausência de outras diligências. Busca pessoal. Nada encontrado. Autorização da esposa. Consentimento dado sob ameaças. Ilicitude das provas. 2. Agravo regimental do MPF a que se nega provimento. [...] Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Marcelo Augusto da Costa Silva. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 13 de setembro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202688906&dt_publicacao=19/09/2022. Acesso 09 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. turma). **Habeas Corpus 644.951/GO**. Habeas corpus. Inadequação da via eleita. Não conhecimento. Tráfico de drogas. Denúncia anônima. Invasão domiciliar. Ausência de fundadas razões. Falta de consentimento. Nulidade configurada. Ordem concedida de ofício. [...] Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: João Victor Xavier Barros. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 01 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100419599&dt_publicacao=08/06/2021. Acesso em: 09 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 598.051/SP. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ingresso no domicílio. Exigência de justa causa (fundada suspeita). Consentimento do morador. Requisitos de validade. Ônus estatal de comprovar a voluntariedade do consentimento. Necessidade de documentação e registro audiovisual da diligência. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova nula. Absolvição. Ordem concedida. [...] Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Rodrigo de Oliveira Fernandes. Relator: Rogerio Schiatti Cruz, 02 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 759**. 5 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=%270759%27.cod..> Acesso em: 06 dez. 2022.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. O que é Garantismo Integral? **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 5, v. 9, p. 110-153, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77/66>. Acesso em 20 nov. 2022.

_____. O que é garantismo penal (integral)? *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 25-48.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n. 1, p. 5-19, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0005_0019.pdf. Acesso em: 29 nov. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Garantismo Penal**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MACEDO, Celina Maria. Bem jurídico e proporcionalidade: a proibição de proteção deficiente no direito penal. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/celinamacedo.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

MARQUES, Nany Papaspyrou. Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no Estado Democrático de Direito. **Boletim Informativo - CAOCRIM**, Salvador, n. 11, 2019. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/penal-constitucional/texto_garantismo.pdf. Acesso em: 21 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.