

DA TEORIA DO PLURALISMO DA JUSTA CAUSA

FELIPE MARTINS PINTO¹

THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA²

1. INTRODUÇÃO

Poucos temas reverberam tanto no meio jurisprudencial atualmente quanto as discussões envolvendo a legalidade de procedimentos de produção probatória no processo penal, em especial buscas e apreensões realizadas pelas autoridades responsáveis pelo policiamento ostensivo à míngua de prévia ordem judicial autorizadora. Basta uma rápida consulta ao repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para que essa realidade salte aos olhos, tamanho o número de acórdãos que se debruçam sobre essa questão. Mais que isso, ao perscrutar os precedentes exarados pelo STJ, percebe-se que aquela Colenda Corte, apesar dos esforços de uniformização, frequentemente prolata provimentos jurisdicionais em sentidos opostos, conferindo tratamento jurídico diverso a situações análogas, para não se dizer praticamente idênticas³. Fenômeno esse que não apenas viola uma legítima expectativa de segurança jurídica do jurisdicionado, mas, principalmente, fere de morte a garantia constitucional da isonomia.

O problema relativo à proliferação de julgados díspares quando do enfrentamento de questões semelhantes ligadas ao exame da legalidade de diligências de busca e apreensão pessoais, veiculares e domiciliares não constitui uma peculiaridade da jurisprudência brasileira. Na verdade, a mesma dificuldade também aflige as cortes norte-americanas, cujos entendimentos em matéria de produção probatória criminal, cada vez mais, vêm sendo replicados pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras⁴. Aliás, nem de longe a replicação desse problema em ambos os ordenamentos jurídicos pode ser reputada como uma mera coincidência. Pelo contrário, essa dificuldade compartilhada por ambos os sistemas deriva de uma mesma fonte, qual seja, a inexistência de uma doutrina que busque estruturar o conceito e os

parâmetros de constatação da licitude da diligência de busca e apreensão. Explica-se.

Tradicionalmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sempre que chamada a decidir acerca de questões relacionadas à licitude de uma busca e apreensão, estatui que a causa provável, conceito jurídico aberto cuja presença autoriza a realização da diligência, ressaí de uma combinação entre senso comum e peculiaridades do caso concreto. Assim, na prática, a causa provável acaba se tornando aquilo que o juiz diz que ela é, conduta judicante que favorece o casuismo, o decisionismo e que torna a garantia de isonomia uma letra constitucional morta.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça não crave, de maneira expressa, que a justa causa exigida para pautar os procedimentos de busca e apreensão derivaria de um mero cotejo entre bom senso e caso concreto, essa conclusão se extrai facilmente do exame de suas mais recentes decisões acerca da temática. Afinal, repetidamente, o STJ vem se limitando a explicitar os elementos que pautam o caso sob análise, como a fuga da polícia, o desrespeito a ordem de parada ou o local de realização da diligência, para, então, asseverar se estava ou não presente a justa causa para a realização do ato contestado. Na prática, a corte responsável pela harmonização da legislação infraconstitucional acaba por exarar seus acórdãos a partir de uma apreciação baseada, unicamente, nas convicções do julgador, aplicáveis ao caso concreto, assim como ocorre na Suprema Corte norte-americana.

Dados os perigos representados pelo decisionismo (Sarmiento, 2007, p. 142), a doutrina norte-americana passou a se debruçar com afinco sobre o problema, com o escopo de desenvolver um modelo teórico replicável capaz de guiar os juízes à identificação da presença da

¹ Professor de Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais; conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil; titular da cadeira nº 1 da Academia Mineira de Letras Jurídicas; pós-doutorado na Universidade de Coimbra; mestre e doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, lotado no Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa em Belo Horizonte; ex-integrante do GAECO – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (2017-2022), doutorando em Direito Processual Penal pela UFMG; mestre em Direito Processual Penal pela UFMG (2008-2010); pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho (2006-2006); graduado em Direito pela UFMG (2001-2005).

³ Compare-se, para fins ilustrativos, os seguintes acórdãos, ambos de lavra do STJ: AgRg no HC 770312 / GO e AgRg no HC 770312 / GO.

⁴ A título exemplificativo, veja-se a positivação da cadeia de custódia, da doutrina dos frutos da árvore envenenada e de suas exceções.

causa provável a partir de critérios mais científicos e menos arbitrários. O jurista Andrew Manuel Crespo, professor da Universidade de Harvard, exsurgiu como ícone desse projeto que busca conferir maior cientificidade ao estudo da causa provável, tanto que escreveu obra específica sobre o tema e se habilitou como *amicus curiae* no caso *Kansas v. Glover* (2019) – julgamento emblemático sobre a matéria, prolatado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa obra, mais precisamente um artigo intitulado, em tradução livre, como “Pluralismo da Causa Provável”, publicado originalmente pela Universidade de Yale, estabelece três eixos que devem nortear o exame acerca da presença da causa provável para a realização de diligências de busca e apreensão. Esses parâmetros se direcionam, precipuamente, aos integrantes do Poder Judiciário, pois, ao fim e ao cabo, a legalidade de todos os atos praticados diretamente pela polícia será reexaminada pela magistratura em algum momento, por força da inafastabilidade da jurisdição (Crespo, 2019).

Pois bem, não há dúvidas de que as expressões “causa provável”, vigente no Direito estadunidense, e “justa causa”, agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se referem a institutos idênticos, mormente ante a ausência de quaisquer diferenças ontológicas entre ambas⁵. Logo, perfeitamente factível esmiuçar a análise promovida pelo professor Andrew Manuel Crespo e promover a devida adaptação de seus conceitos ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, por mais que os conceitos de justa causa e causa provável sejam análogos, quiçá idênticos, o mesmo não pode ser dito em relação à regulamentação da produção e replicação da prova em juízo, da forma como ocorre a submissão diferida da evidência ao contraditório em cada ordenamento. Ou seja, a introdução dos ditames de uma Teoria do Pluralismo da Causa Provável no Brasil, ainda que possível e até salutar, perpassa por algumas necessárias adaptações.

Este trabalho, pois, visa, primariamente, apresentar a Teoria do Pluralismo da Causa Provável de Andrew Manuel Crespo. No entanto, para além, almeja-se identificar, quando existentes, as diferenças entre os sistemas brasileiro e norte-americano, para então desenvolver uma proposta de sistematização de uma doutrina da justa causa adequada às peculiaridades do processo penal pátrio. Fixadas as bases teóricas dessa doutrina da justa causa, far-se-á um exercício de aplicação de seus ditames a casos concretos que, amiúde, são levados ao exame dos tribunais nacionais. Mais especificamente, serão enfrentados, sob a perspectiva científica estruturada proposta por Andrew

Manuel Crespo e adaptada ao processo penal brasileiro, três casos hipotéticos, os quais envolvem buscas e apreensões pessoais, veiculares e escolares, como forma de conferir concretude aos substratos abstratos apresentados neste artigo. Assim, sem maiores delongas, passa-se a apresentar os três parâmetros teóricos de que todo juiz deve se valer ao se debruçar sobre o exame da legalidade de uma busca e apreensão.

2. DA DOUTRINA DO PLURALISMO DA CAUSA PROVÁVEL

2.1. LINHAS GERAIS

Nos Estados Unidos da América, assim como no Brasil, a constitucionalidade de uma busca e apreensão depende, basicamente, de uma conexão entre o alvo daquela medida cautelar e uma suspeita de comportamento ilegal. Conexão essa que é avaliada a partir da formulação de um questionamento, consistente em perquirir se essa busca e apreensão está embasada pela presença da chamada causa provável (ou justa causa, dada a clara sinonímia). Porém, como bem pondera o professor Andrew Manuel Crespo, por mais central que seja o conceito de causa provável para assegurar a eficácia da garantia da inviolabilidade domiciliar, doutrina e jurisprudência parecem não saber exatamente o que esse conceito significa ou como ele opera (Crespo, 2019). Com efeito, conforme já asseverado alhures, a Suprema Corte estadunidense insiste em não ser possível definir essa expressão, sustentando que a causa provável nada mais significa que a aplicação de senso comum à totalidade das circunstâncias. Dito de outro modo, é como se o tribunal soubesse identificar a causa provável sempre que diante dela estivesse, mais ou menos como vem operando o STJ no Brasil.

Amiúde, a jurisprudência justifica a adoção dessa acepção fluida do conceito de causa provável com base no imperativo de adaptar os julgamentos às demandas concretas que lhe são apresentadas pelas autoridades imbuídas da persecução penal, argumento esse indubitavelmente razoável. Todavia, de outro lado, tamanha abstração conceitual possui o condão de colocar em risco direitos e garantias individuais dos cidadãos submetidos à ação das autoridades estatais, mormente a inviolabilidade de domicílio e o direito de deambular. Como forma de afastar essas críticas ao método utilizado

⁵ Para maiores detalhes sobre a identidade entre os institutos, veja-se o seguinte artigo base: “Da Teoria do Unitarismo da Causa Provável e de Sua Aplicabilidade no Brasil”, publicado na Revista da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério Público de Minas Gerais, edição de 2022.

como padrão para aferição da causa provável, a Suprema Corte costuma sustentar que os padrões vergados na tomada de suas decisões são sempre os mesmos, algo suficiente para garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Ocorre que, ao se analisarem a fundo os julgados daquele tribunal acerca da matéria, Andrew Manuel Crespo percebeu que critérios diferentes eram manejados para aferir a presença da causa provável, a depender das peculiaridades do caso concreto, como o tipo de busca e apreensão realizada (veicular, pessoal, domiciliar) ou a espécie de crime potencialmente em curso (tráfico de drogas, terrorismo, imigração ilegal). Significa dizer que, ao contrário do que prega a própria Suprema Corte, ela adota um modelo de pluralismo, não de unitarismo da causa provável. Algo que, na verdade, revela-se extremamente salutar, dado seu condão de viabilizar a isonomia em seu aspecto material.

Neste esquadro, para potencializar os benefícios do pluralismo da causa provável, basta que se sistematizem os critérios de balizamento da diferenciação operada, por meio da criação de uma doutrina acerca do tema. A sistematização proposta por Andrew Manuel Crespo, aplicável ao Direito brasileiro, mediante adaptações que serão realizadas ao longo deste trabalho, perpassa pela análise de três eixos fundamentais. Ao se debruçar sobre a legalidade de um procedimento de busca e apreensão, já efetivado ou submetido a uma análise judicial prévia, deverá o magistrado, em síntese, fazer a si três perguntas, bem como respondê-las: a) tomando como verdadeiros os fatos narrados pelo proponente, estar-se-ia diante do possível cometimento de uma infração penal ou de um cenário de factível encontro de vestígios de interesse criminal?; b) qual o peso probatório que deve ser conferido aos elementos de convicção trazidos como suporte da pretensão de busca e apreensão?; c) como determinar o limiar de certeza para o reconhecimento da presença da causa provável?

Antes de passar à avaliação individualizada de cada um desses eixos, algumas observações merecem guarida. A primeira delas reside no fato de que a proposta de sistematização da causa provável se destina ao julgador, não às autoridades responsáveis pelo policiamento, ainda que essas, usualmente, empreendam medidas de busca e apreensão. Isso porque, repita-se, seja antes ou após a busca e apreensão, por força da garantia da inafastabilidade da jurisdição, o Poder Judiciário é quem resolverá acerca da legalidade daquele procedimento. Ao policial que, em tempo real, precisa decidir qual medida tomar, basta identificar uma base capaz de fazer acreditar que uma infração está ocorrendo ou que evidências acerca de sua prática poderão ser encontradas no contexto das buscas. Em outras palavras, exige-se do policial, apenas, que ele, ao laborar, se recorde dos ditames constitucionais que permeiam o direito de deambular e a garantia da inviolabilidade de domicílio, e

não um conhecimento profundo acerca dos meandros da doutrina da causa provável, a qual busca padronizar duas das mais confusas palavras do Direito.

Ademais, repise-se que a doutrina do pluralismo da causa provável almeja formular uma proposta integrada capaz de permitir a avaliação da constitucionalidade de toda e qualquer busca e apreensão, desde ações policiais realizadas à míngua de prévia ordem judicial até inspeções administrativas realizadas por integrantes da Vigilância Sanitária. Porém, considerando que as buscas e apreensões criminais lidarão com um dos bens mais importantes do ser humano, qual seja, a sua liberdade, focar-se-á nas medidas que ostentam contornos penais.

Feitas essas observações, passa-se ao exame dos eixos metodológicos que pautarão a análise da legalidade das mais variadas buscas e apreensões.

2.2. PRIMEIRO EIXO: DA ANÁLISE ABSTRATA DA PRETENSÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

Em praticamente todos os casos que envolvem a constitucionalidade de buscas e apreensões, o Estado-acusação faz uma afirmação com fulcro em um determinado conjunto de evidências e alega que a medida pleiteada se reveste de legalidade porque o alvo se encontra suficientemente conectado a alguma espécie de ato ilegal. Essa assertiva estatal se calca em um compilado de elementos probatórios capazes de evidenciar a ocorrência desses fatos. O magistrado, ao analisar esse conjunto indiciário, deve, de plano, fazer-se a seguinte pergunta: considerando, em tese, os fatos alegados como verdadeiros, qual a probabilidade de que o alvo seja uma pessoa que cometeu um ato ilegal ou um local que contém evidências de tal ação? Esse constitui o primeiro eixo interpretativo que baliza a Teoria do Pluralismo da Causa Provável.

Nos Estados Unidos, a forma de responder a essa pergunta costuma variar. Há defensores da necessidade de formulação de uma resposta a partir de critérios probabilísticos, doutrinadores que extraem suas conclusões de estatísticas acerca do sucesso das buscas e apreensões decretadas anteriormente em circunstâncias semelhantes. De outra banda, encontra-se uma corrente que sustenta a aplicabilidade de um critério qualitativo de avaliação da probabilidade de sucesso da diligência, o qual se calca, mormente, na experiência adquirida ao longo do tempo pelos aplicadores da lei. Confere-se, aqui, um voto de confiança ao tirocínio das autoridades imbuídas da persecução penal, fruto do exercício constante das atividades persecutórias.

Ainda que nos Estados Unidos subsista, de fato, uma discussão acerca de qual o melhor critério a ser empregado como ponto de partida para o esclarecimento da celeuma, acredita-se que a solução qualitativa constitui a única aplicável ao sistema processual penal brasileiro. Em primeiro lugar porque há uma escassez quase completa de dados objetivos acerca das circunstâncias objetivas que conduzem a uma busca e apreensão bem-sucedida, algo que inviabilizaria o manejo de um critério quantitativo. Indubitavelmente, esse argumento, isoladamente, seria passível de críticas por setores doutrinários que tacham o reconhecimento da realidade de “consequencialismo”, sob a alegação de que limitações estruturais do Estado, da doutrina e da ciência não poderiam servir como amparo para a tomada de decisões judiciais.

No entanto, há um segundo fundamento, seguramente mais robusto, que torna a adoção do critério qualitativo o único capaz de se amoldar à estrutura constitucional brasileira. Trata-se do fato de que a adesão a parâmetros puramente objetivos e estatísticos de avaliação de elementos indiciários culminará, inevitavelmente, em um Direito Processual Penal arrimado em perfis. O critério objetivo almeja reunir um conjunto de elementos comuns que, uma vez reunidos no mesmo cenário, conduzem à probabilidade de ocorrência de uma infração capaz de justificar uma busca e apreensão. Ao colher esses elementos, o pesquisador estatístico irá coletar e cruzar dados acerca do tipo de infração investigada, a espécie de local onde ela se desenvolve e, também, as características dos indivíduos envolvidos. É aqui que reside o perigo, porquanto circunstâncias aleatórias ou, pior ainda, elementos de cor, raça e etnia poderão moldar o deferimento ou o reconhecimento da legalidade de uma medida cautelar (Borges, 2019, p. 15). Dito de outro modo, há um risco palpável de que o preconceito, a discriminação e o racismo assumam o protagonismo na tomada de decisões judiciais, algo totalmente incompatível com o disposto no art. 3º da CF/88.

Não se está aqui a dizer, por certo, que o critério objetivo seria compatível com o sistema jurídico norte-americano. Até porque, diga-se de passagem, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a afastar episodicamente esse parâmetro durante o julgamento do caso *Florida v. Harris*, em 2013. Aduz-se, tão somente, que, independentemente do estado da discussão no Direito estadunidense, não resta dúvida de que a adoção desse critério não se coaduna com os ditames do ordenamento jurídico pátrio. Destarte, apenas o critério subjetivo, qual seja, a experiência dos operadores da lei, deverá pautar o exame judicial inerente à identificação de uma relação de causalidade abstrata entre os elementos trazidos ao conhecimento do juízo pelo proponente ou executor da cautelar e a possibilidade de que uma ação ilegal ou uma evidência a ela relacionada possam ser descobertas por

meio de uma medida de busca e apreensão.

A questão, agora, reside em diferenciar as variadas espécies de conjuntos probatórios que podem ser trazidos ao exame do Poder Judiciário, pois cada um deles confere um diferente grau de certeza abstrata ao magistrado e, consequentemente, demanda uma metodologia de análise própria. De modo sucinto, para fins de identificação da possibilidade em tese de sucesso de uma cautelar, pode-se separar os elementos indiciários ofertados como fundamento probatório de uma busca e apreensão em quatro grandes categorias, quais sejam, os fatos primários e definitivos, as inferências diretas, os mosaicos narrativos e as alegações mistas.

Os fatos primários e definitivos não oferecem maiores desafios ao magistrado responsável por aferir a probabilidade de que, em uma análise em tese do alegado pelo Estado-acusação, esteja ocorrendo uma infração ou que um local contenha evidências de sua prática. Isso porque essa sorte de evidências indiciárias possui uma natureza tão direta e objetiva que deixa pouca margem de dúvida quanto à probabilidade de ocorrência de uma infração durante uma apreciação hipotética de seu teor. Evidências desse jaez exsurgem, em regra geral, quando uma testemunha atesta que viu determinada pessoa cometer uma conduta ilegal ou que observou a presença de um vestígio em um certo local. Na essência, os fatos primários e definitivos se caracterizam por uma afirmação de uma testemunha presencial que crava algo como “eu vi Tício cometer um crime”. Elementos indiciários como esses se mostram bastante comuns na vida prática do aplicador do Direito, mormente em casos de violência interpessoal e de notícias repassadas às autoridades de polícia por informantes.

Em suma, por sua própria natureza, os fatos primários e definitivos são autoprobatantes. Se os eventos narrados forem tidos como verdadeiros, algo inerente ao raciocínio desenvolvido no primeiro eixo, não resta dúvida de que os elementos trazidos ao conhecimento do magistrado são suficientes para justificar uma medida de busca e apreensão, dado o grau de certeza de envolvimento do alvo com condutas ilícitas. Nenhuma outra técnica de aprofundamento probatório será necessária para pautar o exame judicial.

Em todos os demais cenários alguma espécie de inferência precisará ser realizada como forma de conectar os elementos indiciários à ocorrência de um determinado ato ilícito. A diferenciação dos três cenários restantes, pois, perpassará pela natureza da inferência realizada como forma de embasar a pretensão deduzida em juízo pelo Estado. Andrew Manuel Crespo inicia sua explanação pela hipótese mais simples, aquela por ele batizada de “thin scripts” (Crespo, 2019), que, em tradução

literal, poderia ser conceituada como “roteiros estreitos”. As evidências primárias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário como embasamento para a autorização de uma busca e apreensão, neste caso, demonstram a ocorrência de um fato que, por si só, permite que se infira o cometimento de um outro, de natureza ilícita. Posto de outra forma, sustenta-se a ocorrência de um único evento que, isoladamente, por si mesmo, permite extrair a conclusão de que um alvo está envolvido em uma atividade ilegal. Afastando-se um pouco da proposta do artigo original, em virtude dos perigos que o método quantitativo representa para um Direito Penal (Bittencourt, 2003, p. 15) e Processual Penal⁶ do fato, poder-se-ia propor como exemplo dos roteiros estreitos – verdadeiras inferências diretas – a ideia de que pessoas que fogem da polícia em locais conhecidos por seus altos índices de criminalidade frequentemente se encontram na posse de algum tipo de contrabando, de itens ilegais. Outra hipótese ilustrativa seria aquela segundo a qual pessoas que trazem consigo significativas quantidades de droga tendem a possuir, em suas casas, armas, petrechos para o beneficiamento de entorpecentes e mais substâncias tóxicas. Também como exemplo, pode-se imaginar que o latir de um cão treinado para detectar a presença de drogas pelo cheiro constitui um indício capaz de levar à conclusão de que o alvo dos latidos carrega consigo algum tipo de substância entorpecente.

Em todos esses cenários, o evento constatado – fuga da polícia em local conhecido pela alta taxa de criminalidade, a posse de considerável quantidade de drogas em local público e os latidos do cão policial – constitui um fato a partir do qual se presume o envolvimento daquele alvo com atividades ilegais por força da incidência das regras de experiência. Logo, em todos esses contextos, a medida de busca e apreensão seria considerada como lícita, ao menos no que tange ao primeiro eixo da Teoria do Pluralismo da Causa Provável.

O segundo cenário probatório que demanda a realização de inferências por parte do magistrado como condição para a identificação da presença do primeiro eixo estruturante da causa provável recebe o nome de mosaicos narrativos. Sem maiores delongas, os mosaicos narrativos constituem uma história. Eles pintam um quadro em palavras acerca do envolvimento de um alvo em comportamentos de interesse criminal. Sua principal diferença para com as inferências diretas reside na completa impossibilidade de se cogitar da aplicação de qualquer tipo de critério objetivo de análise. Afinal, inexistem duas histórias absolutamente iguais. Aqui, se o juiz identificar que aquele evento único narrado, derivado

de uma soma de elementos indiciários, de acordo com as regras de experiência, permite concluir ser provável que o alvo esteja implicado em um comportamento criminoso, a medida de busca e apreensão será reputada legítima, ao menos para fins de atendimento ao primeiro eixo metodológico ora proposto. Certamente, a carga de subjetividade envolvida quando de uma análise judicial baseada em mosaicos narrativos vai contra o que a Teoria do Pluralismo da Causa Provável almeja, justamente uma maior objetividade na análise judicial das buscas e apreensões. Todavia, não se pode ignorar que a polícia possui experiência substancial em matéria de identificação de atividades delituosas, circunstância essa objetiva, inegável e que, por essas razões, se adequa aos ditames da construção de uma doutrina da causa provável. Para mais, lembre-se que dois outros eixos interpretativos incidirão sobre a matéria, o que permitirá uma maior objetivação da análise judicial, com a consequente diminuição da influência da obtemperação policial na decisão final acerca da legalidade da busca e apreensão.

Apesar do artigo original não trazer um exemplo de mosaicos narrativos, não há maiores dificuldades em se formular uma hipótese para fins ilustrativos. Imagine-se que Mévio, condenado pelos crimes de tráfico de drogas e porte irregular de armas de fogo, acaba de receber o benefício do regime aberto e retorna para sua residência originária. Uma semana após a sua liberação, moradores do bairro procuram a polícia para reportar terem ouvido barulhos correspondentes a disparos de armas de fogo durante a madrugada. Concomitantemente, um militar responsável pelo patrulhamento ostensivo das ruas da cidade reporta ao seu oficial que, naqueles dias, vira Mévio, na garupa de uma motocicleta, com um volume atípico despontando de suas costas. Acrescenta, além disso, que somente não efetuou a abordagem imediata do suspeito porque a moto estava em alta velocidade, o que impossibilitou a perseguição. A soma dos quatro elementos indiciários em comento, quais sejam, os antecedentes, os disparos, o emprego de alta velocidade e o porte de volume atípico, constituem um mosaico narrativo capaz de permitir a inferência de que Mévio estaria envolvido com armas de fogo de natureza ilegal, contexto que autorizaria, em tese, a efetivação de buscas domiciliares judicialmente autorizadas.

O último contexto proposto pelo professor da Universidade de Harvard pouco interesse desperta aos operadores do direito pátrio. Afinal, ele envolve uma mistura entre os dois cenários anteriores, situações nas quais a análise acerca da presença da causa

⁶ Sobre a importância de se desenvolver um processo penal do fato, vide o acórdão n. 70079817540, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 27/03/2019, sob a relatoria do Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro.

provável deriva de um mosaico narrativo em que um dos elementos indiciários prepondera sobre os demais, o que o aproxima dos roteiros estreitos de inferência única. A questão que perturba o autor, destarte, reside em qual critério se adotar para resolver problemas desta natureza, pois, segundo defende, os roteiros estreitos e os mosaicos narrativos pressuporiam soluções por critérios diversos, quantitativos e qualitativos, respectivamente (Crespo, 2019). No entanto, conforme adiantado alhures, entende-se que essa diferenciação não se afigura válida para os ditames do Direito brasileiro, além do que a própria Suprema Corte estadunidense vem afastando a aplicabilidade do critério objetivo para todos os casos postos ao seu exame. Assim, o que se deve extrair deste primeiro eixo é o seguinte: a) ao se deparar com o exame acerca da validade de uma busca e apreensão, deve o magistrado, em primeiro lugar, performar uma apreciação em tese acerca da legalidade da medida; b) tal providência consiste em se indagar se, em uma análise abstrata, em que todos os fatos trazidos ao seu conhecimento são tidos como verdadeiros, estaria o alvo envolvido em uma atividade delituosa ou, no local descrito, haveria vestígios de um ato ilegal; c) caso positiva a resposta, passar-se-á ao próximo passo da análise; d) caso negativa a resposta, deverá ser reconhecida a ilicitude da medida, com a consequente denegação do pedido de busca e apreensão ou a sua nulificação; e) a pretensão posta ao exame do Poder Judiciário pode derivar de fatos primários e definitivos, inferências diretas ou mosaicos narrativos; f) em qualquer desses casos, o magistrado deverá realizar a sua análise em tese a partir de critérios qualitativos, calcados nas regras de experiência, pois o método quantitativo, dado o risco de elaboração de perfis baseados em preconceitos, não se revela compatível com um Direito Penal e Processual Penal do fato.

Enfim, concluindo o magistrado que, se verdadeiros os fatos postos ao seu exame, estar-se-á provavelmente diante de uma atividade ilegal que justifique a realização da medida de busca e apreensão, passará ele ao próximo passo, qual seja, promover a apreciação em concreto da pretensão deduzida em juízo.

2.3. SEGUNDO EIXO: DA ANÁLISE EM CONCRETO DA PRETENSÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

Se o primeiro eixo possuía como escopo analisar a probabilidade em tese de ocorrência de uma atividade ilícita, o segundo visa examinar essa possibilidade em concreto. Deve buscar o juiz, neste momento subsequente, perquirir a verossimilhança da informação trazida ao seu conhecimento como substrato probatório para o reconhecimento da legalidade da medida de busca e apreensão. A questão, portanto, envolve a própria

credibilidade dos elementos indiciários que calcam a pretensão cautelar. Não a confiabilidade do Estado-acusação, diga-se de passagem, mas daquele que forneceu os elementos vergados pelos órgãos imbuídos da persecução penal como fundamento capaz de conferir supedâneo ao pedido ou à convalidação de uma busca e apreensão. Em suma, busca-se responder a um questionamento formulado pelo *Justice Douglas* quando do julgamento do caso *United States v. Ventresca*, de 1965: “Esses fatos são realmente fatos?”.

Como instrumento de sistematização de uma doutrina da causa provável, o Professor Andrew Manuel Crespo propõe uma categorização dos meios de prova que mais frequentemente exsurtem como elementos indiciários que pretendem arrimar a legalidade de procedimentos de busca e apreensão (Crespo, 2019). A ideia é que uma categorização permita objetivar o exame acerca da presença da causa provável, atendendo aos pressupostos de elaboração de uma verdadeira doutrina acerca da matéria.

Enfim, anseia o segundo eixo da causa provável providenciar uma estrutura conceitual capaz de guiar as cortes quando do enfrentamento da confiabilidade das evidências que fundamentam as buscas e apreensões, ao mesmo tempo que se mantenha uma certa flexibilidade na análise dos casos concretos. Neste norte, propõe-se a divisão das fontes de prova em quatro categorias, de modo que o juiz possa se manter, aprioristicamente, mais ou menos reticente com relação a cada uma delas. A categorização proposta se apresenta exclusiva para a prova testemunhal, por se tratar daquela que, de acordo com as regras de experiência, costuma fundamentar pedidos de busca e apreensão, ao mesmo tempo em que se revelam aquelas mais problemáticas em termos de sopesamento de verossimilhança (a discricionariedade do juiz quando do exame de imagens de circuito interno ou provas periciais não constitui um problema como na apreciação de testemunhos oriundos de fontes diferentes).

Dentro do ideal de se elaborar uma doutrina acerca da matéria de busca e apreensão, o próprio critério vertido como balizador da credibilidade da testemunha se pautará por parâmetros objetivos. Em síntese, os patamares de confiabilidade serão aferidos a partir de dois padrões, quais sejam, o nível de enviesamento potencial da testemunha e a probabilidade de sua responsabilização em caso de prestação de informações falsas. Neste esquadro, testemunhas com menor risco de apresentarem qualquer tipo de viés, especialmente pró-Estado-acusação, e que ostentem uma maior possibilidade de serem responsabilizadas na hipótese de faltarem com a verdade, terão o testemunho reputado como mais verossímil para fins de uma análise cautelar.

Por outro lado, quanto maior o viés testemunhal e menor a potencialidade de responsabilização em caso de falso testemunho, menor o valor probatório que será conferido aos dizeres daquela testemunha.

A partir desses parâmetros, torna-se cabível categorizar as testemunhas em quatro grandes grupos. Partindo da categoria dotada de maior credibilidade para aquela com menor nível de verossimilhança, os grupos seriam divididos da seguinte forma: civis, policiais, informantes e testemunhas anônimas.

Importante consignar que essa proposta normativa não ambiciona ostentar ares absolutos. O pedido cautelar formulado com base em um testemunho de integrante de uma dessas categorias não se torna totalmente crível ou integralmente inverossímil pelo simples fato de uma pessoa integrar um determinado grupo. Não significa, por assim dizer, que membros de uma certa categoria jamais possam oferecer elementos constitucionalmente válidos capazes de conferir suporte ao deferimento de uma medida cautelar. A divisão em grupos serve apenas para indicar que algumas categorias de testemunhas detêm mais credibilidade que outras e, conseqüentemente, a configuração da justa causa necessária para autorizar a realização de uma diligência cautelar com fulcro nos elementos fornecidos por esses grupos se torna tarefa juridicamente mais viável e recomendada.

Outrossim, importante lembrar que se está laborando no campo das presunções. Presume-se que a verossimilhança de um testemunho é maior em determinados cenários se a testemunha pertence ou não a uma certa categoria. Logo, nada impede que, ao examinar o caso concreto, o juiz venha suplantar essa presunção a partir da verificação da existência de provas em sentido contrário. Em outras palavras, a presunção de credibilidade baseada nos critérios de enviesamento e risco de responsabilização ostenta natureza relativa. Basta imaginar, por exemplo, que o Estado-acusação poderia reforçar os mecanismos de responsabilização da testemunha em uma situação concreta com o fim de conferir maior peso àquele relato.

Isto posto, iniciando o exame individualizado de cada categoria, passa-se a enfrentar a situação dos civis. Conforme adiantado alhures, trata-se da categoria que, presumivelmente, oferta testemunhos mais confiáveis. Os civis se caracterizam por se identificarem formalmente às forças de segurança e reportarem fatos que sugerem a ocorrência de determinados eventos de interesse criminalístico, sem que possuam qualquer tipo de vinculação para com o Estado-acusação nem esperem receber algum tipo de recompensa como contrapartida pelas informações prestadas. Andrew Manuel Crespo anota, com propriedade, que as testemunhas civis

consistem em um grupo de pessoas que, ao que tudo indica, agem exclusivamente no melhor interesse da sociedade, desejam apenas exercer bem ou seu dever de cidadania (Crespo, 2019). Daí o maior peso probatório conferido aos seus dizeres. Todavia, toda a problemática que envolve o fato de ser testemunha, como os riscos à vida e incolumidade, os constantes deslocamentos aos órgãos públicos para fins de oitiva e os dissabores oriundos dos próprios atos de depor em audiência, conduz a uma conclusão adicional: em regra geral, nenhum civil deseja testemunhar (Chen, 2009). Assim, também por essa razão, reforça-se a presunção de credibilidade desses testemunhos, visto que prestados por pessoas que não apenas não possuem o menor interesse no deslinde da causa, mas que muitas das vezes sequer desejavam estar naquela posição.

Se não bastasse, o grupo composto pelas testemunhas civis afigura-se como aquele com maior risco de ser responsabilizado pelo fornecimento de informações falsas quando comparado com os demais. A vivência forense demonstra que a esmagadora maioria dos processos por falso testemunho são propostos em desfavor de testemunhas civis, apesar de oficiais lotados no exercício da função persecutória penal comparecerem com frequência muito superior em juízo para narrar situações que presenciaram. Ou seja, por se apresentarem como aqueles que mais possuem a perder na hipótese de prestação de informações falsas, confere-se uma maior confiabilidade a esses testemunhos quando da aferição da justa causa para uma medida cautelar.

Prosseguindo, passa-se à segunda categoria em ordem de verossimilhança, qual seja, a dos agentes imbuídos da persecução penal, os quais serão referidos neste trabalho, por razões didáticas, como oficiais ou policiais.

A classificação dos oficiais como uma categoria de confiabilidade reduzida em comparação às testemunhas civis não parte de uma demonização dos agentes de polícia, como alguns setores da doutrina brasileira tanto parecem desejar (Munhoz, 2019). Na verdade, tal assertiva não parte de qualquer indevida presunção de má-fé ou deslealdade por parte do corpo de policiais, cujos membros, em regra geral, agem estritamente no cumprimento de seus deveres legais. Pelo contrário, constata-se, tão somente, uma realidade inequívoca, qual seja, a de que a polícia, como instituição, muitas das vezes se vê em um cenário de competição contra a criminalidade, o que eiva as informações que partem dela de um certo viés institucional. Esse viés institucional não deve ser valorado de maneira negativa nem implica uma crítica aos trabalhos exercidos pelas polícias; cuida-se, com efeito, de um mero fato da vida.

Dito de outro modo, não se está a dizer que policiais teriam qualquer inclinação a mentir com o fim de obter um conjunto probatório mínimo capaz de fornecer justa causa para uma ação de natureza cautelar. Estatui-se, tão somente, que o valor probatório de seus testemunhos se encontra um degrau abaixo daqueles prestados por testemunhas civis, tendo em vista que aquelas não ostentam o mesmo viés institucional.

Esse ponto do raciocínio desenvolvido por Andrew Manuel Crespo merece uma pequena digressão para fins de adequação aos ditames do Direito pátrio. Afinal, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que os atos administrativos, como são os relatórios e testemunhos policiais, possuem presunção de legitimidade e veracidade (Di Pietro, 2018, p. 231). Logo, a ideia da existência de um viés institucional capaz de diminuir o valor probatório dos depoimentos policiais quando comparados aos de civis encontra óbice na normatização conferida à matéria no país. Significa dizer que a existência de um viés institucional não serve para descredibilizar, por si só, a palavra do policial. O que se sugere, com o fim de adaptar os conceitos ora desenvolvidos ao processo penal brasileiro, é que se desenvolva um sistema de controle de testemunhos policiais, de maneira que a diminuição da confiabilidade do depoimento derive de uma sequência de casos em que se constate uma propensão à falseabilidade de fatos por parte daquele oficial específico.

De toda maneira, ainda que o conceito de viés institucional não se revele plenamente aplicável no país, entende-se que o valor do testemunho civil ostentará maior credibilidade que aquele policial. Isso porque, conforme adiantado alhures, a realidade demonstra que a possibilidade de responsabilização do policial em caso de falso testemunho se afigura menor que no cenário em que a mesma conduta é desenvolvida por um civil. Daí esse segundo critério utilizado para aferir o nível de credibilidade da prova ofertada como fundamento da justa causa para medidas cautelares se revelar suficiente, ainda que isoladamente, para justificar a superior verossimilhança do testemunho dos civis em comparação com o de policiais.

A terceira categoria na escala de confiabilidade testemunhal é ocupada pelos informantes confidenciais, definidos como aqueles cuja identidade constitui objeto de conhecimento exclusivo por parte dos órgãos imbuídos da persecução penal. O anonimato, na hipótese, ostenta contornos meramente parciais, uma vez que as partes em juízo não sabem a identidade da testemunha, mas esse dado é conhecido pela polícia. Neste cenário, a impossibilidade de conhecimento acerca da origem da

informação impede que aqueles que a acessam venham a eventualmente contestar a credibilidade do relato, bem como eventualmente responsabilizar o informante na hipótese de prestação de um testemunho inverídico.

Além das dificuldades de responsabilização em caso de falso testemunho, o reduzido valor probatório das informações prestadas por informantes anônimos deriva de seu natural enviesamento. Isso porque a prática demonstra que noticiantes confidenciais, muitas das vezes, estão também envolvidos com atividades delitivas ou recebem algum tipo de proveito, ainda que indireto, em retorno pelas informações apresentadas.

De outra banda, não se pode simplesmente descartar as contribuições trazidas por noticiantes confidenciais. Afinal, mormente em situações envolvendo a criminalidade organizada, a contribuição com as investigações por parte de testemunhas depende necessariamente da manutenção da identidade dessas pessoas em sigilo. O risco à vida em casos desta natureza transcende as possibilidades fáticas de qualquer Estado conferir proteção àqueles que colaboram com as investigações (Camacho, 2016). Para piorar, a vida forense demonstra que a persecução de organizações criminosas se mostra usualmente inviável sem a colaboração de atores internos (Cunha; Pinto, 2013, p. 39). Portanto, sopesando essas duas realidades, conclui-se não pela imprestabilidade das informações trazidas por colaboradores confidenciais, mas pela diminuição de seu valor probatório para fins de análise de contextos de busca e apreensão.

O último grupo dentro da hierarquia de credibilidade abarca os chamados noticiantes anônimos, pessoas de identidade desconhecida por todos os atores envolvidos no processo, inclusive os policiais que recebam a informação. O reduzido grau de confiabilidade dos elementos de convicção trazidos por essa categoria não demanda maiores elucubrações: o objetivo do noticiante em se manter anônimo reside em evitar qualquer tipo de responsabilização, justamente um dos dois critérios utilizados para fins de aquilatar a credibilidade da informação. Se não bastasse, ao se desconhecer a origem da informação, não há como perquirir os interesses de quem as forneceu, muito menos eventual enviesamento.

No entanto, o afastamento por completo da validade das notícias apócrifas não se afigura como a solução mais adequada. Como bem salientou a Suprema Corte dos Estados Unidos ao bater-se pela validade das informações anônimas, algumas notícias são apenas muito valiosas para serem descartadas⁷. Assim, propõem-se dois mecanismos para fins de conferir à

⁷ Vide *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 237-38 (1983).

notícia apócrifa força probatória suficiente a sustentar ações investigatórias estatais. A primeira delas reside na formalização da “denúncia anônima”, circunstância que assegura, ao menos, que ela efetivamente existiu. A segunda consiste em exigir, a depender da medida que venha a ser tomada, que a notícia apócrifa venha a ser reforçada por outros elementos de convicção, para, somente assim, conferir justa causa à ação estatal.

Em suma, a constitucionalidade da notícia apócrifa, em tese, não se afigura problemática, ainda que, em determinados casos, ela assim se revele. A natureza da medida cautelar que poderá ser desenvolvida a partir de notícias anônimas irá variar de acordo com a espécie de infração enfrentada e o grau de potencial invasão a direitos fundamentais. Ou seja, não há óbice apriorístico a que se realize uma busca pessoal em cidadão suspeito de porte irregular de arma de fogo em via pública por força de notícia trazida ao conhecimento da polícia de forma anônima. De outro lado, idêntica medida seria contraindicada em caso de necessidade de uma busca e apreensão domiciliar. Todavia, essa temática permeia o debate relativo ao terceiro eixo da causa provável e será enfrentada no subtópico que se segue.

Em suma, uma notícia trazida por um civil devidamente identificado, o qual narra ter sido vítima de um roubo, deve ser tida, em princípio, como verdadeira. O mesmo se diga em relação ao testemunho de um policial que afirma ter visto esse roubo, a menos que haja desconfiâncias acerca da fidedignidade de seu relato, baseada em seu comportamento passado. De outra banda, notícias carregadas por informantes anônimos ou “denúncias” apócrifas devem ser valoradas, em um primeiro momento, como inverídicas, a menos que o Estado traga elementos capazes de aliviar ou subverter essa presunção. A questão, agora, reside em saber o quão seguro o juiz precisa estar a fim de validar cada uma das mais diferentes espécies de busca e apreensão que podem se afigurar, especialmente no bojo do processo penal.

2.4. TERCEIRO EIXO: DO PADRÃO PROBATÓRIO A EMBASAR O EXAME

Prosseguindo, tem-se que o terceiro eixo da Teoria do Pluralismo da Causa Provável envolve a determinação do patamar de certeza necessário para fins de concessão ou validação de uma medida de busca e apreensão. Somado aos eixos anteriores, esse último permite, finalmente, que se responda ao questionamento fundante deste debate, qual seja, se um dado conjunto probatório se afigura suficientemente robusto a fim de embasar uma busca e apreensão. A tarefa, aqui, recai em definir o *standard* probatório aplicável a cada situação, mas de um modo hábil a abarcar todo um grupo de

casos da mesma natureza. A dificuldade oriunda dessa proposta não demanda maiores ilações, uma vez que o padrão probatório pode corresponder a graus de certeza que variam da mais completa segurança acerca da culpabilidade de um indivíduo até a plena convicção acerca de sua inocência. Tudo isso ocorre dentro de um cenário de colisão de interesses e até direitos constitucionalmente reconhecidos de igual monta, tais como a manutenção da ordem, incolumidade e segurança públicas de um lado, a liberdade, privacidade, dignidade e reputação individuais de outro. Não há dúvida, pois, acerca da complexidade que envolve a determinação de padrões objetivos de prova e certeza para fins de validação de uma medida de busca e apreensão.

Em meio a uma colisão de interesses antagônicos de igual monta, dizer que uma busca e apreensão se encontra fundamentada por justa causa significa simplesmente concluir que o potencial benefício oriundo da efetivação de uma cautelar dessa natureza se sobrepõe às suas contraindicações. Ora, se esse se apresenta como o verdadeiro significado de justa causa, não há dúvida de que tal conceito não se materializará da mesma maneira em todos os casos concretos. Há cenários em que os interesses do Estado se revelarão particularmente importantes ou a intrusão nas liberdades individuais se mostrará demasiadamente leve, ao passo que, em outros, a pretensão estatal será especialmente fraca ou o nível de violação a direitos fundamentais se afigurará excessivo. Cada uma dessas situações exigirá um sopesamento de interesses próprios e, conseqüentemente, um padrão probatório diferente. Não por outra razão, fala-se em uma Teoria do Pluralismo da Causa Provável, em uma oposição a uma pretensão conceitual unitária.

O padrão probatório, assim, também deverá ser categorizado, da mesma maneira como ocorreu com o nível de credibilidade da fonte probatória. Desta feita, a gradação se dará com base no nível de certeza necessário para fins de validação da medida de busca e apreensão. Quanto mais dominante o interesse estatal na medida, menor será o grau de certeza exigido. Conseqüentemente, quanto maior a prevalência dos interesses individuais, maior será o *standard* probatório necessário para validar a busca e apreensão.

Ao contrário do que ocorreu com as fontes probatórias, porém, inicia-se o exame acerca da matéria pelo centro, pelo padrão probatório exigido como regra para a validação de medidas de busca e apreensão. A alteração não se dá por mero capricho. Na verdade, o intento desta estratégia reside em se firmar um padrão inicial a ser utilizado como norteador e, a partir de determinadas circunstâncias excepcionais, promover uma adaptação de parâmetros, seja para recrudescer, seja para suavizar a justa causa necessária para a

validação de medidas cautelares de busca e apreensão. A fixação de uma âncora interpretativa, além disso, permite que se confira ao juiz um ponto de partida, um parâmetro padrão pré-definido do qual ele poderá, eventualmente, de forma justificada, se alijar, a depender da identificação de eventual preponderância de interesses.

A própria ideia de se estabelecer um padrão inicial situado no centro do espectro de certeza necessário para a validação de uma busca e apreensão já serve para indicar que se deve procurar um conceito bem assentado em nível doutrinário e jurisprudencial para tanto. Por conseguinte, não causa surpresa que o conceito tradicional de causa provável seja proposto como o ponto de partida do magistrado quando da análise da legalidade de uma busca e apreensão. Assim, regra geral, entende-se presente a justa causa sempre que se mostrar mais provável que improvável que uma determinada atividade delitiva esteja a acontecer. Neste contexto, a ação estatal será considerada, a princípio, como lícita. Como define a doutrina norte-americana, a preponderância da evidência, ou qualquer coisa superior a 50% de chances de sucesso, serve para configurar a causa provável e legitimar a busca e apreensão (Ortman, 2016). Conforme se percebe facilmente, a âncora proposta caracteriza-se por ser um conceito simples, intuitivo e, conseqüentemente, de fácil ulterior desenvolvimento nas hipóteses diferenciadas que advirão e exigirão um padrão probatório alternativo.

Além de simples e intuitivo, o uso do critério do mais provável que improvável como preceito hermenêutico base aplicável à análise da legalidade das buscas e apreensões também ressaí de uma anamnese constitucional da matéria. Assim como já adiantado alhures, a jornada de definição do conceito de justa causa e da consequente licitude de medidas cautelares perpassa por um conflito entre os valores de liberdade e de segurança (Pastor, 2005, p. 205), os quais se encontram em um mesmo patamar de relevância constitucional. O poder dever do Estado de aplicar o seu mais severo diploma legal, qual seja, a Lei Penal (Prado, 2002, p. 119-120), é colocado frente a frente com o direito das pessoas de se locomoverem livremente e de terem sua privacidade assegurada no interior de suas residências. Definir o balanço exato entre esses interesses conflitantes suscita questionamentos e debates doutrinários intermináveis. Destarte, uma vez reconhecida essa realidade, o critério do “mais provável que não” exsurge como uma consequência lógica para

fins de estabelecimento de um parâmetro inicial para se aferir a presença da causa provável⁸.

Em suma, define-se que, por via de regra, a análise acerca da legalidade de uma busca e apreensão será pautada pelo critério âncora do “mais provável que improvável”. Todavia, conforme fartamente adiantado, esse configura apenas um ponto de partida, pois, tendo em vista a importância dos bens jurídicos em tese envolvidos na questão, exsurgerà a necessidade de se operarem eventuais ajustes nesse critério padrão, a depender da preponderância do interesse envolvido.

A proposta de ajustes no conceito de causa provável a depender da espécie de busca e apreensão carreada não é nova. Por mais que jamais tenha reconhecido expressamente a possibilidade de ajustar o critério de causa provável a depender da espécie de diligência encetada, a Suprema Corte dos Estados Unidos assim vem laborando desde o julgamento do caso *Terry v. Ohio*, em 1968. Naquela oportunidade, entendeu esse tribunal que o conceito de causa provável para fins de diligências de busca e apreensão pessoais, realizadas pelas autoridades de polícia, poderia ser suavizado, ou seja, não atenderia aos mesmos critérios, por exemplo, de uma diligência semelhante ocorrida mediante violação de domicílio. Na prática, admite a Suprema Corte Norte-Americana, desde aquela época, uma certa flexibilidade nos critérios de aplicação da causa provável, tendo em vista o reconhecimento de que a busca e apreensão pessoal, por representar uma invasão menor em direitos fundamentais, exige um padrão de suspeita mais baixo para ser realizada legalmente⁹.

De fato, não resta dúvida de que uma busca pessoal, justamente por ser pouco invasiva, demanda um parâmetro de evidência menor que uma diligência domiciliar. Todavia, uma vez que se propõe a criação de uma doutrina da justa causa, essa realidade precisa ser alargada a ponto de ser replicada em outros casos análogos. Por isso, Andrew Manuel Crespo propõe, primeiramente, que a flexibilização do padrão inicial de causa provável para fins de suavização de sua aplicação dependa da demonstração de algum tipo de necessidade especial, a qual extrapole a mera exigência de regular aplicação da lei. Para mais, e principalmente, imperativo que o ajuste derive da constatação de uma

⁸ As cortes norte-americanas, repetidamente, assentam o entendimento segundo o qual o policial age amparado pela causa provável sempre que os fatos disponíveis ao seu exame no momento da ação eram suficientes para fazer com que ele acreditasse que um crime estava sendo cometido ou que uma evidência de uma infração penal se encontrava presente. A título ilustrativo, veja-se *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 340, caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1985.

⁹ A Suprema Corte norte-americana chegou a falar, no julgamento do Caso Terry, na existência do conceito de suspeita razoável, frequentemente referido como o “irmão mais novo da causa provável”, que, dentro dessa definição, muito se assemelha à ideia de “fundada suspeita” que vige no ordenamento jurídico brasileiro.

pretensão estatal reforçada ou de um interesse privado particularmente enfraquecido. A possibilidade de diminuição do grau de exigência probatório para fins de configuração da justa causa para uma busca e apreensão depende, pois, de um desbalanço em concreto entre interesses que, *a priori*, se encontram em um mesmo patamar abstrato de relevância constitucional (Crespo, 2019).

Aplicando esses ditames ao supracitado caso da busca pessoal, nota-se que o grau de turbacão ao direito fundamental à locomoção se mostra mínimo, mormente por se tratar de medida que se operacionaliza em poucos minutos, quiçá segundos. A importância do direito à locomoção, neste contexto, acaba por ceder em prol da exigência de manutenção da segurança pública, o que autoriza a realização da diligência por parte da polícia mesmo diante de um mosaico de evidências mais frágil. No mesmo sentido, também seria dado à autoridade policial performar uma busca e apreensão domiciliar com base em um patamar de probabilidade de sucesso inferior a 50% nas hipóteses de emergência, grave risco à segurança nacional ou perigo à incolumidade de pessoas integrantes de grupos especialmente vulneráveis, como crianças em idade escolar. Ainda de igual modo, o desbalanço entre o interesse público e o privado também estaria presente em cenários que envolvem pretensões de natureza não penal, como inspeções edilícias tendentes à promoção da saúde pública ou abordagens que visam à salvaguarda da segurança do sistema de transporte coletivo. Nesses dois casos, a evidente prevalência do interesse público sobre uma enfraquecida pretensão privada legitimaria a validação das buscas e apreensões mesmo em um cenário em que a probabilidade de certeza acerca da ocorrência de uma infração fosse inferior à metade.

Enfim, a prevalência de um dos interesses em conflito sobre o outro autoriza que, de forma fundamentada, legitime-se a criação de dois novos critérios, quais sejam, a justa causa para menos e a justa causa para mais. Admitir a existência de uma justa causa para menos, nos moldes ora expostos, implica assentir para com a constitucionalidade de uma medida que, a todo sentir, pode implicar uma invasão a direitos fundamentais de pessoas que possuem uma maior probabilidade de serem inocentes que culpadas. No entanto, tal diligência se justifica por força de um sopesamento de valores, de uma verdadeira concretização do também constitucional postulado da proporcionalidade (Lima, 2019, p. 535), o qual possui o condão de validar uma cautelar executada nesses termos. Ademais, não se pode perder de vista que a doutrina do pluralismo da causa provável atingirá

um equilíbrio em abstrato mediante a exigência, também legítima, de uma justa causa para mais, na qual uma maioria de jurisdicionados culpados se verá livre de enfrentar uma busca e apreensão ante a prevalência em concreto dos interesses particulares sobre os públicos.

Todavia, a possibilidade de realização de ajustes no critério base do mais provável que improvável, para fins de identificação da presença da justa causa, se aplica exclusivamente, na visão de Andrew Manuel Crespo, a cenários tidos como intermediários. O autor, com efeito, vai além desses limites, para defender a validade ou invalidade de diligências ocorridas em situações tidas como extremas, em que a legitimidade da busca e apreensão independerá da sua probabilidade de sucesso. São situações localizadas em polos opostos do espectro da probabilidade calcada em evidências, nas quais a medida cautelar pode ser reputada como razoável ou desarrazoada e, conseqüentemente, válida ou inválida, respectivamente, apenas por si mesma (Crespo, 2019).

A todo sentir, a esse entendimento não calha prosperidade dentro das balizas postas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como se sabe, vige no sistema pátrio o Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual o magistrado possui liberdade para decidir, desde que respeite o imperativo de fundamentação de seus provimentos (Pacelli, 2022, p. 312). Ocorre que essa motivação, em matéria processual penal cautelar, deve partir de elementos do caso concreto, não servindo, para tal finalidade, a mera menção à razoabilidade ou irrazoabilidade em abstrato do evento sob exame. Essa questão, relativa à imprescindibilidade da fundamentação em concreto das decisões que impõem medidas cautelares de natureza penal, constitui objeto de posicionamento pacífico no bojo dos tribunais superiores pátrios¹⁰. Para mais, dadas as similitudes havidas entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador (Dias; Ferreira; Knoerr, 2022, p. 112), evidenciadas a partir das disposições constantes da Lei nº 14.230/2021, tudo indica que o mesmo tratamento deverá ser transferido, também, à esfera administrativa. Daí concluir-se que, no Brasil, a aplicabilidade da Teoria do Pluralismo da Causa Provável em matéria de determinação de diferentes graus de certeza, ainda que plenamente cabível, dependerá, necessariamente, de ajustes jurisdicionais devidamente motivados, sempre que o magistrado perceber a imprescindibilidade do afastamento do conceito âncora de justa causa.

Uma vez finalizado o exame dos três eixos, salutar que se promova um resumo de tudo aquilo que foi dito, de maneira a se agregar com coesão os pilares da

¹⁰ A título exemplificativo, vejam-se os seguintes acórdãos prolatados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: RHC 129203-MG, RHC 109030-SC e RHC 68550-RN.

doutrina do pluralismo da causa provável. Assim, no primeiro eixo, apreendeu-se como perquirir, em um juízo abstrato, a probabilidade de que um determinado relato implique a ocorrência efetiva de uma infração ou da presença de vestígios em um certo local. Análise essa que, dadas as peculiaridades do Direito brasileiro, deverá se dar qualitativamente. Em um segundo momento, examinou-se como determinar a credibilidade dos elementos de convicção que fundamentam a realização da busca e apreensão. Por fim, o terceiro eixo visou conferir ao magistrado meios para selecionar qual o nível de certeza que deverá estar presente para fins de validação da diligência. Ao fundamentar sua decisão por meio do enfrentamento motivado desses três eixos, o juiz, verdadeiro destinatário da exigência legal de justa causa¹¹, se colocará imparcialmente entre o cidadão e o Estado imbuído da função persecutória (ou fiscalizatória) e materializará, por meio de sua atividade, a garantia do devido processo legal. Seguramente, a elaboração de uma doutrina da justa causa ajudará a trazer uma certa ordem, estrutura e coerência a um conceito que se aparenta juridicamente amorfo, tamanho seu grau de abstração.

3. ANÁLISE DE CASOS

A tentativa de objetivação de um conceito juridicamente indeterminado como a justa causa, bem como de estruturação de uma doutrina para sua aplicação, pode soar, em alguns momentos, como um esforço inútil, devido ao nível de abstratamento que a missão envolve. Portanto, uma vez que o objetivo deste estudo extrapola os limites meramente acadêmicos e que, na verdade, almeja-se a aplicabilidade destes ditames às decisões judiciais que julgam a validade das medidas cautelares de busca e apreensão, passa-se a ilustrar como seria o exame acerca da legalidade de uma diligência em cenários concretos hipotéticos que se passa a propor, a partir da Teoria do Pluralismo da Justa Causa.

Em um primeiro caso, imagine-se a hipótese em que dois policiais rodoviários federais percebem a presença de um veículo do tipo minivan, em velocidade regular, dirigido por um cidadão de feições nativas americanas, no Estado de Roraima, nas proximidades da fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Imediatamente, os oficiais conferem ordem de parada ao motorista e realizam buscas pessoais e veiculares, além de efetivarem questionamentos aos ocupantes do automóvel. Durante essa diligência, eles descobrem que os três passageiros

que se encontravam no banco traseiro estavam sendo trazidos clandestinamente pelos ocupantes dos assentos da frente para o país, mediante pagamento. Ato contínuo, conferiu-se voz de prisão em flagrante a esses dois suspeitos, por violação aos ditames do art. 232-A do Código Penal.

Pois bem, uma vez trazida essa situação ao conhecimento do magistrado, deverá ele submeter os ditames da situação concreta aos três eixos da doutrina da causa provável. O primeiro deles, como se sabe, reside em saber se, em um juízo hipotético, o cenário indicado sugeria a ocorrência de alguma infração. A resposta, neste caso, é negativa. Perceba-se que não há a identificação direta e objetiva de qualquer conduta irregular. De igual modo, inexistente a inferência segundo a qual um veículo conduzido por um indivíduo de feições nativas americanas implicaria provável desenvolvimento de um crime de promoção da migração ilegal. Por fim, o caso concreto não oferece outros elementos capazes de, somados, permitir que se desconfie da prática desse delito, como o emprego de velocidade excessiva, o prévio conhecimento acerca do tráfico humano reiterado naquela região da fronteira ou mesmo a anterior notícia de ocorrência do crime por um informante. Logo, a legalidade da abordagem não sobrevive, sequer, ao primeiro momento de um exame baseado na doutrina do pluralismo da causa provável e, neste sentido, a diligência deverá ser reputada como irregular.

Imagine-se, agora, um segundo cenário hipotético, envolvendo buscas e apreensões domiciliares realizadas por policiais militares recém-empossados no cargo durante patrulhamento ostensivo. Neste caso, os oficiais recebem uma notícia de um informante confidencial, segundo a qual em um determinado local, conhecido como ponto de venda de drogas, alguns indivíduos estariam realizando o comércio ilegal de entorpecentes. Ato contínuo, uma viatura dirige-se até essa localidade, oportunidade na qual realiza a abordagem de um suspeito, o qual ostenta as mesmas características físicas apontadas na “denúncia”. Durante buscas pessoais, arrematam-se com ele seis pinos de cocaína, além de R\$ 300,00 (trezentos reais) em pecúnia, divididos em notas de pequeno valor. Após consultas aos seus sistemas internos, a polícia perquire e verifica se tratar de indivíduo previamente condenado pelo crime de tráfico de drogas a uma pena restritiva de direitos. Ao constatar esses elementos, a equipe policial se encaminha até a residência do suspeito, o qual habita naquelas imediações, ocasião em que logra êxito em apreender 200g (duzentos gramas) de cocaína, um pote

¹¹ Conforme endereçado alhures, essa conclusão deriva, exclusivamente, da regra da inafastabilidade da jurisdição. No entanto, o treinamento dos órgãos policiais nos conceitos, parâmetros e limites da justa causa seria medida extremamente salutar, porquanto permitiria a produção de provas mais frequentemente servíveis em juízo, além de propiciar um maior respeito aos direitos de locomoção, privacidade e inviolabilidade domiciliar.

de ácido bórico e uma balança de precisão. A questão, pois, reside em analisar a legalidade da diligência.

Desta feita, percebe-se que a decisão policial de realizar uma busca e apreensão domiciliar se baseou em um mosaico de elementos, representado pela soma entre uma notícia trazida por informante confidencial, a presença do suspeito em um local conhecido pela traficância, a apreensão de drogas em seu poder, a posse de dinheiro em notas pequenas, a preexistência de uma condenação pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e a proximidade da residência com o ponto onde houve a diligência inicial. Todos esses elementos, em conjunto, conduzem à presunção de que o indivíduo, que aparentemente promovia o comércio ilegal de entorpecentes em via pública, poderia precisar retornar ao seu domicílio para fins de reabastecimento. Logo, a análise em abstrato do mosaico de evidências sugeria a ocorrência de um crime de tráfico de drogas na modalidade de manter em depósito no imóvel onde se deu a diligência domiciliar de busca e apreensão.

Superada essa premissa, passando-se ao segundo eixo, percebe-se que os militares responsáveis pela ação haviam acabado de ingressar nos quadros da força. Portanto, ante a consequente inexistência de sinais desfavoráveis em relação à suas condutas prévias, seus dizeres devem ser presumidos como verdadeiros para fins de análise da validade daquela diligência cautelar.

Finalmente, os interesses em jogo na hipótese, quais sejam, o dever do Estado de preservar a saúde pública e a inviolabilidade domiciliar, se encontram em um mesmo patamar. Não se vislumbra a presença de qualquer excepcionalidade a tombar a balança em prol de qualquer lado do conflito, assim como ausentes valores pertencentes a grupos especialmente hipossuficientes. O critério de certeza suficiente para conferir justa causa à medida deve ser, assim, aquele padrão do mais provável que improvável, algo que se colhe do caso concreto, mormente porque a polícia já havia flagrado o suspeito, naquelas imediações, na posse de entorpecentes e de dinheiro dividido em notas de pequena monta. Por todo o exposto, a ação policial deste segundo caso perpassa incólume por uma análise baseada nos três eixos da doutrina do pluralismo da causa provável, motivo pelo qual deve ser reconhecida a sua legalidade.

Como último exemplo, imagine-se que a Polícia Civil receba uma notícia apócrifa via 181, na qual uma testemunha sustenta que vira o momento em que um aluno do terceiro ano do segundo grau guardara uma arma de fogo em seu armário escolar logo após deixar um veículo e adentrar nas premissas do colégio. Imediatamente, esses oficiais se dirigem até o local e, em conversas com colegas do suspeito, descobrem que ele vinha

aparentando sintomas de depressão. Munidos dessas informações, os policiais, devidamente autorizados pela direção da escola, arrombam o escaninho do suspeito e promovem a apreensão de uma arma de fogo irregular. Por consequência lógica, performam a prisão em flagrante daquele aluno, já imputável. A questão, agora, reside em analisar a legalidade da busca e apreensão que resultou na arrecadação desse armamento não registrado.

Desse modo, inicia-se o exame perpassando os detalhes do caso pelos parâmetros estabelecidos pelo primeiro eixo da doutrina do pluralismo da causa provável. A questão primeira, pois, reside em perquirir se, em tese, a narrativa trazida em caráter diferido ao conhecimento do juízo permite inferir a ocorrência de uma prática criminosa. Como, na hipótese, a notícia parte de uma testemunha que afirma ter presenciado o momento em que o suspeito armazenou o armamento em seu escaninho, não há dúvida quanto à força em abstrato daquela narrativa. Cuida-se daquilo que se acordou chamar de fato primário. O problema está, na verdade, no peso probatório a ser atribuído àquele relato, porquanto ele partiu de uma “denúncia anônima”, a fonte menos verossímil dentre aquelas que compõem o espectro das evidências aptas a fundamentar a legalidade de uma diligência cautelar. Enfim, o peso a ser conferido ao elemento de convicção oferecido como suporte para a busca e apreensão é o menor possível.

Dado o reduzido peso probatório conferido à notícia apócrifa, se a análise versasse sobre casos ordinários, que perpassam pelo padrão “default” do mais provável que improvável, concluir-se-ia pela ausência de justa causa para a realização da medida. Todavia, a hipótese em comento ostenta contornos especiais. Em primeiro lugar, nota-se a mitigação da inconfiabilidade da notícia apócrifa por meio de seu registro formal via 193. Adicione-se a isso o fato de que os valores em conflito se encontram desbalanceados em prol do interesse público, uma vez que a busca em um escaninho representa uma pequena lesão ao direito de privacidade, ao passo que uma arma de fogo possui potencial para causar enorme dano à incolumidade de uma plêiade de pessoas. No entanto, o elemento que define efetivamente a questão em prol da validade da busca e apreensão recai sobre o local de potencial guarda da arma de fogo, uma escola. Como se sabe, crianças e adolescentes pertencem a grupos sociais reputados hipossuficientes em virtude de sua especial condição de pessoas em formação. Além do mais, os infelizmente comuns episódios de chacinas praticadas em escolas são, muitas das vezes, praticados por alunos que enfrentam diferentes graus de sofrimento mental (Lee, 2013), após diferentes níveis de preparação. Isso significa ser palpável imaginar que a ocultação do armamento no escaninho represente, na verdade, um ato preparatório de uma ação mais grave de homicídio, tendo como vítimas principais crianças e adolescentes.

Em tal cenário, ainda que mais improvável que provável a ocorrência de um crime de tamanha severidade, mostra-se adequado que as autoridades promovam um ajuste no critério padrão e se valham de uma justa causa para menos durante o exame da legalidade da medida, de modo que se reputa válida a busca e apreensão performada pela Polícia Civil.

4. CONCLUSÃO

Governos autoritários frequentemente fazem das buscas e apreensões despóticas uma de suas principais ferramentas de controle social. Daí não se poder relegar uma decisão tão importante quanto à análise da licitude dessas diligências a critérios tão discricionários, quase que arbitrários, como o bom senso aplicado ao caso concreto. A construção de uma doutrina capaz de guiar o magistrado quando da análise da legalidade de uma busca e apreensão não garantirá que o conceito de justa causa possua sempre o mesmo significado, mas que signifique a mesma coisa todas as vezes que as situações concretas forem semelhantes. Desse modo, contribui-se para a diminuição do decisionismo e do casuísmo, ao mesmo tempo que se privilegia a garantia constitucional da isonomia.

Mais que isso, percebe-se o quanto a elaboração de uma doutrina nesses moldes contribui para o fortalecimento da democracia. Partindo das conceituações mais modernas de contraditório, segundo as quais tal se define como uma garantia de preparação participada do provimento que será imposto sobre as partes, em paridade de armas (Fazzalari, 2006, p. 37), percebe-se que tal instituto nada mais representa do que a democracia aplicada ao processo. A partir do momento em que uma teoria fixa bases que orientam o juiz sobre como decidir ao examinar a legalidade de uma busca e apreensão, permite-se à parte irredutível que se contraponha aos fundamentos daquele provimento jurisdicional a partir da indicação das etapas procedimentais que não foram seguidas ou que foram aplicadas erroneamente. Algo que seria impossível se o recorrente precisasse se objetar ao mero conceito de bom senso aplicável ao caso concreto, tamanha a carga subjetiva que envolve essa definição.

Em outras palavras, a criação de uma doutrina sobre o tema busca e apreensão, batizado por Andrew Manuel Crespo como Teoria do Pluralismo da Causa Provável, plenamente aplicável no Brasil com as adaptações sugeridas neste trabalho, configura um avanço em prol de um processo penal mais democrático. Enfim, espera-se que este artigo venha a contribuir para o desenvolvimento e aprofundamento de uma verdadeira Teoria do Pluralismo da Justa Causa brasileira.

5. REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa: feminismos plurais**. São Paulo: Pólen, 2019.

CAMACHO, Matheus Gomes; LEAL, Thais de Cassia Pinhata Vida. Lei de Organização Criminosa: a colaboração premiada e a responsabilidade do estado na prevenção e combate ao crime organizado. **Revista de Artigos do 1º Simpósio Sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.] v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1213>. Acesso em: 29 nov. 2024.

CHEN, Elsa Y. Victim and witness intimidation. **Encyclopedia of Race and Crime**. Editors Helen Taylor Greene and Shaun L.Gabbidon. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2009.

CRESPO, Andrew Manuel. Probable Cause Pluralism. **Yale Law Journal**. Harvard Public Law Working Paper n. 19-12, fev., 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/03**. Salvador: Juspodvim, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Jean Colbert; FERREIRA, Anderson; KNOERR, Fernando Gustavo. O direito penal e o direito administrativo sancionador como peças do macrossistema punitivo brasileiro e a rejeição ao bis in idem. **Revista da Faculdade de Direito da PUC-SP: Direitos Democráticos & Estados Modernos**, São Paulo, v. 1, n. 4, 2022.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

LEE, J. H. School shootings in the U.S. public schools: Analysis through the eyes of an educator. **Review of Higher Education and Self-Learning**, [S.l.], 6, p. 88–120, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: Juspodvim, 2019.

MUNHOZ, Silvio Miranda. O açoitamento em criticar o Projeto Anticrime e a demonização da polícia. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ano 44, n. 30, 2019.

ORTMAN, William. Probable cause revisited. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 68, p. 511-568, mar. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Juspodvim, 2022, p. 312.

PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 203-249, jan./fev. 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. São Paulo: RT, 2002.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.