



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001062-20.2020.8.24.0139/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

APELANTE: LEANDRO BERTO IUCHEMIN (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

RELATÓRIO

Trata-se de **recurso de apelação** interposto por LEANDRO BERTO IUCHEMIN contra sentença que condenou o apelante pela prática dos crimes dispostos no art. 33 e art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006.

Em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processual [CR, art. 5º, LXXVIII], adota-se o relatório da sentença como parte integrante deste acórdão:

O Ministério Público, no uso das suas atribuições, denunciou LEANDRO BERTO IUCHEMIN, qualificado nos autos, pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e 35, *caput*, c/c art. 40, inc. VI, todos da Lei n. 11.343/06 art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, conforme a seguinte narrativa acusatória (evento 13):

Consta do Auto de prisão em flagrante incluso que o denunciado LEANDRO BERTO IUCHEMIN e o adolescente [REDACTED] associaram-se, de forma estável e permanente, para o fim de praticarem, reiteradamente, o tráfico de drogas. Do contexto fático se extrai que o denunciado LEANDRO agia em comunhão de esforços com o adolescente [REDACTED], realizando o comércio ilegal de drogas de maneira organizada e mediante divisão de tarefas, vez que se valia do menor de idade para realizar entregas de drogas na região. Assim foi que, no dia 7 de março de 2020, às 19h20m, uma guarnição realizava barreira policial na Av. Hironildo Conceição dos Santos, próximo à Ponte do Rio Perequê, quando avistou o veículo VW/Gol, em atitude suspeita, desviando e entrando no pátio do supermercado Miatã. Feita a abordagem, os Policiais constataram que o adolescente [REDACTED] passageiro do veículo, trazia consigo e/ou transportava no bolso, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fim de comercialização, 2 (dois) pacotes contendo 50 (cinquenta) comprimidos de ecstasy cada, a mando do ora denunciado LEANDRO que acabara de lhe entregar a substância na Rua 438 em Itapema, em troca de R\$ 200,00 (duzentos reais), para ser entregue em Porto Belo. Com o motorista Alberto, nada foi encontrado, tendo ele alegado que apenas fez a “corrida”, por R\$ 20,00 (vinte reais), sem saber do transporte ilícito. Na sequência, a Polícia Militar dirigiu-se ao local indicado pelo adolescente, na Rua 438, n. 1039, Morretes, Itapema/SC, tendo êxito em abordar LEANDRO, que admitiu que possuía mais drogas guardadas. Então, na residência constatou-se que LEANDRO tinha em depósito e/ou guardava, em um roupeiro, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fim de mercancia, mais 364 (trezentos e sessenta e quatro) comprimidos de ecstasy, idênticos aos apreendidos com [REDACTED], além de um pacote com comprimidos danificados pesando 13 (treze) gramas de ecstasy e também 15 (quinze) petecas de cocaína com peso de 10g (dez gramas), o celular e a quantia de R\$ 405,00 (quatrocentos e cinco reais). Acionado o canil, foi localizada uma balança oculta sob a cômoda do quarto.

O acusado teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva em 08/03/2020 (ev. 8.1).

Em 19/03/2020 lhe foi concedida a liberdade provisória, com a aplicação de medidas cautelares (ev. 19.1).

Notificado, o acusado apresentou defesa prévia por meio de defensor constituído (evento 43.1).

Recebida a denúncia na data de 03/08/2022, foi designada audiência de instrução e julgamento (ev. 62.1).

Em audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas testemunhas e interrogada a parte ré (eventos 127.2 e 177.1).



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas, e absolvição pelo crime de associação para o tráfico de drogas (evento 181.1).

A defesa, por sua vez, em sede de preliminar, suscitou a ilegalidade do ingresso na residência do acusado. No mérito, requereu a absolvição do acusado e, subsidiariamente, a aplicação do tráfico privilegiado (evento 193.1).

Vieram os autos conclusos.

Sentença [ev. 196.1]: o juízo de primeiro grau condenou o apelante nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva formulada na denúncia para CONDENAR LEANDRO BERTO IUCHEMIN, qualificado nos autos, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa, fixados em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos (08/03/2020), por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006.

Lado outro, ABSOLVO LEANDRO BERTO IUCHEMIN das imputações do art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Deixo de fixar valor mínimo indenizatório, conforme determina o art. 387, IV, do CPP, uma vez que não houve pedido expresso por parte do Ministério Público, o que era necessário, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (STJ, AgRg no REsp 1673181/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 7/8/2018).

Custas pela parte ré (art. 804 do CPP).

Quanto aos bens e produtos apreendidos:

1- Com relação aos entorpecentes apreendidos deverão ser destruídos após o trânsito em julgado da presente, procedendo-se conforme dispõe o art. 72 da Lei n. 11.343/2006, oficiando-se à autoridade policial.

2- Com relação ao dinheiro apreendido nos autos, no importe de R\$ 405,00 (quatrocentos e cinco reais) em espécie (ev.3.1, p. 17), tendo em vista que os elementos colhidos na instrução processual indicam que é produto de crime (tráfico de entorpecentes) e em atenção ao decidido pelo STF no RE 638491/PR, decreto a sua perda, com base no art. 91, II, “b”, do CP e no art. 63 da Lei n. 11.343/2006, determinando que, após o trânsito em julgado da presente, sejam revertidos ao Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, na forma do art. 63, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. Observem-se as orientações n. 49/2014 e 72/2019, com atualizações, da CGJ/TJSC.

3- No tocante à balança de precisão, considerando se tratar de instrumento de crime, decreto o perdimento, com base no art. 91, II, “b”, do CP, e determinando a destruição do referido bem, nos termos do art. 317, IV, do CNCJG.

4- Com relação aos aparelhos celulares, tendo em vista que os elementos colhidos na instrução processual indicam que é instrumento de crime (tráfico de entorpecentes) e em atenção ao decidido pelo STF no RE 638491/PR, decreto a sua perda, com base no art. 91, II, “b”, do CP e no art. 63 da Lei n. 11.343/2006 e, considerando-se a ausência de interesse na utilização, suas características (informação de que os celulares se encontram com tela danificada) e uso pretérito com a traficância, a denotar que se trata de bens antieconômicos, determino sua destruição na forma do art. 25 da Portaria n. 1/2020 do Ministério da Justiça e Segurança Pública/SENAD e art. 317, IV, do CNCJG, após o trânsito em julgado da presente.

Após, comunique-se o réu da presente decisão, por meio do defensor constituído ou, não havendo, por qualquer meio hábil de comunicação eletrônico, inclusive na forma da Circular CGJ n. 76/2020, cientificando-o de que o proprietário da arma é o responsável por sua retirada, nos termos do art. 9º da Resolução Conjunta GP/CGJ TJSC n. 9, de 25 de março de 2021.

Após o trânsito em julgado: **a)** lance-se o nome do réu no rol dos culpados (art. 5º, inciso LVII, da CRFB/1988) e no cadastro da Corregedoria-Geral da Justiça; **b)** comunique-se à Justiça Eleitoral para fins do art. 15, III, da CRFB/1988, observadas as normas do TJSC; **c)** remetam-se os autos à Contadoria para cálculo das custas e, após, proceda-se ao respectivo recolhimento, conforme arts. 323 a 324 do CNCJG, observada eventual gratuidade da justiça concedida com relação às custas; **d)** proceda-se conforme arts. 381 a 383 do CNCJG para viabilizar a execução



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena de multa, caso imposta, observada a Orientação CGJ n. 10/2023; **e)** expeça-se a guia de execução/recolhimento e forme-se o PEC em autos apartados, e, na sequência, encaminhem-se os autos da execução penal com vista ao Ministério Público; **f)** adotem-se às providências para destinação dos bens/produtos apreendidos, conforme determinado acima.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Anota-se, nos termos do art. 392 do CPP e da jurisprudência vigente, que a intimação da sentença condenatória: **a)** em se tratando de réu representado por defensor(a) dativo(a), deverá ocorrer pessoalmente à parte ré e via sistema eproc ao defensor(a) dativo(a), ressalvada a hipótese de revelia decretada nos autos por alteração de endereço ou não localização da parte ré quando da intimação pessoal da sentença, caso em que deverá ser intimada por edital; **b)** em se tratando de réu preso representado por defensor(a) constituído(a), deverá ocorrer pessoalmente à parte ré e via sistema eproc ao defensor(a) constituído(a); **c)** em se tratando de réu solto representado por defensor(a) constituído(a), deverá ocorrer exclusivamente via sistema eproc ao defensor(a) constituído(a).

Transitada em julgado e cumpridas todas as determinações, arquivem-se, com baixa.

Trânsito em julgado para a acusação [ev. 197]: O Ministério Público renunciou ao prazo recursal em 28/08/2025.

Razões da Apelação [ev. 34.1]: requer: **[a]** o reconhecimento da nulidade da busca pessoal e veicular, sob o argumento de ausência de fundada suspeita na abordagem; **[b]** o reconhecimento da nulidade do ingresso domiciliar, por ausência de mandado judicial e de consentimento válido e comprovado do morador [*Tema 280/STF*]; **[c]** a absolvição da prática do crime de tráfico de drogas, alegando insuficiência de provas quanto à autoria delitiva [*CPP, art. 386, VII*]; **[d]** subsidiariamente, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, com a aplicação da fração de 1/2 [*Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º*]; e **[e]** a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos [*CP, arts. 33 e 44*].

Contrarrazões [ev. 39.1]: defende a manutenção da sentença, sustentando a validade das diligências policiais e a suficiência de provas da autoria e materialidade delitivas, consubstanciadas nos depoimentos dos policiais e do adolescente. Na dosimetria, argumenta a inviabilidade da aplicação do tráfico privilegiado, dada a dedicação a atividades criminosas, evidenciada pela quantidade e diversidade de drogas e pelo envolvimento de adolescente.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça [ev. 42.1]: manifesta-se pelo desprovimento do recurso, destacando: **[a]** a inexistência de nulidades nas buscas realizadas, que foram amparadas na fundada suspeita, na flagrância de crime permanente e no consentimento do acusado; **[b]** a idoneidade do acervo probatório para a condenação; **[c]** o acerto no afastamento da minorante do tráfico privilegiado, diante da atuação estruturada e dedicação a atividades criminosas e **[d]** a adequação do regime inicial semiaberto estabelecido na sentença.

É o relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conheço do recurso, por não vislumbrar nenhum óbice formal ou substancial ao seu prosseguimento.

2. MÉRITO

2.1. DOS PADRÕES DE VERIFICAÇÃO DA PREMISSA FÁTICA

Em geral, adotam-se quatro padrões de verificação da *premissa fática* [PF]:

[1] **Evidência Substancial.** Denomina-se de Evidência Substancial [em geral no domínio do direito administrativo: multas e decisões do Executivo] o padrão de prova que exige algo mais do que a evidência formal do ato, isto é, algum suporte material [*substancial*]. A Suprema Corte dos EUA, em *Richardson vs. Perales* [402 US 389; 1971] definiu a evidência substancial [*relevante*] como a que uma pessoa razoável poderia aceitar como adequada para o fim de apoiar [*suportar*] uma conclusão válida, sólida e correta.

[2] **Preponderância da Evidência.** Denomina-se de Preponderância da Evidência o *standard* probatório orientado à atribuição do valor de verdade à hipótese que dentre as controvertidas apresentar, segundo o raciocínio lógico-jurídico empregado pelo órgão julgador, a probabilidade de verdade acima de 50%. A partir das hipóteses apresentadas e da prova produzida, o órgão julgador determina qual é a mais provável [*maior probabilidade*; > 50%]. P. ex., acidente de trânsito. Se a prova favorecer ao autor acima de 50%, o pedido será acolhido. Do contrário, será rejeitado.

[3] **Evidências Claras e Convincentes.** Denomina-se de Evidências Claras e Convincentes o padrão de prova aplicável em casos civis mais complexos e/ou delicados [restrições civis à liberdade; perda do poder familiar; tutelas, curatelas, interdições etc.], em que não basta a preponderância simples [acima de 50%], exigindo-se que as evidências sejam claras, convincentes, inequívocas, com força suficiente à conclusão de que a hipótese é mais provável [*verdadeira*; *certeza qualificada*] do que falsa, em geral acima de 70% de probabilidade [Corte Suprema EUA, *Santosky vs. Kramer*, 455 US 745; 1982];

[4] **Para Além da Dúvida Razoável.** Denomina-se de Para Além da Dúvida Razoável o padrão de prova mais alto, exigido para atribuir o valor de verdade à hipótese acusatória [*HAc*] no domínio criminal, apto a alterar o *status* de inocente para condenado, em geral acima de 0,8 [80%] ou 0,9 [90%] de probabilidade de certeza [quase-certeza; por definição, afasta-se a possibilidade de se obter 100% de certeza; a decisão é probabilística]. Configura-se pela assertiva de que nenhuma pessoa razoável seria capaz de questionar a culpa do arguido diante do conjunto de provas válidas e sólidas que apoiam a inferência quanto ao valor de verdade da hipótese acusatória [*HAc*] - [Corte Suprema dos EUA, In *Winship*, 397 US 358, 364; 1970].

Diante do estado inicial de inocência, o ônus da prova é de quem acusa, com força suficiente à alteração do estado inicial do acusado [*inocente para culpado*]. A pergunta a ser respondida é se do conjunto de provas [*análise holística*] pode-se inferir, para além da dúvida razoável, o valor de verdade da hipótese acusatória [*HAc*].

Já a solidez da *premissa fática* [PF] exige a presença de prova válida e com magnitude [*força*] capaz de afastar a presunção de inocência, superando o *standard* probatório de referência, mediante provas robustas, coerentes e consistentes.

A depender do *standard de prova* adotado, nem sempre a existência de provas indiretas ou circunstanciais [antecedentes; concorrentes; subsequentes] será suficiente à alteração do valor de verdade da hipótese acusatória [*inicialmente falsa*].

Em consequência, para fins penais, mostra-se necessária a *superação da dúvida razoável*.

2.2. CASO EM ANÁLISE



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo a Hipótese Acusatória [HAc], o apelante solicitou ao adolescente **J. D. C.** a entrega de drogas na região. Durante o trajeto, o carro em que estava o adolescente tentou desviar de uma barreira policial ao ingressar no estacionamento de um supermercado. Os policiais decidiram interceptar o veículo. Em buscas, imediatamente localizaram dois pacotes, cada um contendo 50 comprimidos de ecstasy destinados à comercialização.

Conforme confessado pelo adolescente, a substância teria sido entregue pouco antes pelo apelante mediante pagamento de R\$ 200,00, para posterior entrega em Porto Belo. O motorista do veículo, por sua vez, afirmou que apenas realizava a corrida, mediante o recebimento de R\$ 20,00, sem conhecimento do transporte ilícito.

Na sequência, a guarnição dirigiu-se ao endereço indicado pelo adolescente, onde o apelante foi abordado. Em busca domiciliar, autorizada por **Leandro**, foram apreendidos 364 comprimidos de ecstasy, além de 13 gramas da mesma substância em comprimidos danificados, 15 petecas de cocaína, pesando 10 gramas, um aparelho celular, R\$ 405,00 em espécie e uma balança de precisão oculta sob a cômoda do quarto.

Contextualizados os fatos, passa-se à análise das teses recursais.

2.3. BUSCA PESSOAL E VEICULAR

A teor do art. 244 do CPP, **fundada suspeita** é o principal requisito para a realização de busca pessoal [revista] de alguém sem a necessidade de mandado judicial. Deve estar configurada **antes da abordagem** e indicar **alta probabilidade** [não apenas possibilidade] de que o alvo esteja ocultando consigo objetos que constituam corpo de delito [armas, drogas, produtos de crime, etc.], por meio da existência concreta, tangível, objetiva e comprovável de **circunstâncias e indicadores de realidade** que autorizem essa inferência, excluídas a mera suspeita, intuição, tirocínio policial, impressão subjetiva, preconceito, estereótipo, discriminação social ou racial. Cabe a autoridade a demonstração da presença do suporte fático, submetendo-se ao controle judicial posterior [STF, Tema 280].

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 81305, Relator **Min. Ilmar Galvão** [1ªT.; DJe 22/2/2002], apontou que:

A 'fundada suspeita', prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um 'blusão' suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo.

A principal diferença prática entre fundada suspeita e mera suspeita está nos critérios de objetividade e na capacidade de justificação posterior da abordagem policial. Enquanto a fundada suspeita é um **requisito legal baseado em fatos concretos**, a mera suspeita consiste em **impressão subjetiva**, insuficiente para justificar uma busca pessoal ou veicular.

A **fundada suspeita** demanda a prévia existência de indicadores objetivos, tangíveis, concretos e descritíveis que levem a uma crença razoável de que um crime está ocorrendo, devendo existir **antes** da abordagem e poder ser explicada objetivamente por



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quem a realizou.

A *mera suspeita* baseia-se em intuição, “tirocínio policial”, preconceitos, estereótipos, discriminações [*marcadores biopsicossociais*] ou em critérios vagos como nervosismo, aparência da pessoa ou o fato de ela estar em uma área conhecida pela criminalidade, sem que pratique qualquer ato concreto que indique a posse efetiva de algo ilícito.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 158580, sob relatoria do Min. **Rogério Schietti Cruz**, estabeleceu os contornos da conformidade do ato administrativo:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE ATITUDE SUSPEITA. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como rotina ou praxe do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de fundada suspeita exigido pelo art. 244 do CPP.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos independentemente da quantidade após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento fundada suspeita de posse de corpo de delito seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal vulgarmente conhecida como dura, geral, revista, enquadro ou baculejo, além da intuição baseada no tirocínio policial:

a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre,



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;

b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;

c) evitar a repetição ainda que nem sempre consciente de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

7. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas pode fragilizar e tornar irritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.

8. Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra. Mais do que isso, os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156).

9. A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais em verdadeiros “tribunais de rua” cotidianamente constroem os famigerados elementos suspeitos com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.

10. Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 (“ADPF das Favelas”, finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que “o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos”.

11. Mesmo que se considere que todos os flagrantes decorrem de busca pessoal o que por certo não é verdade, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%; isto é, de cada 100 pessoas revistadas pelas polícias brasileiras, apenas uma é autuada por alguma ilegalidade. É oportuno lembrar, nesse sentido, que, em Nova Iorque, o percentual de eficiência das stop and frisks era de 12%, isto é, 12 vezes a porcentagem de acerto da polícia brasileira, e, mesmo assim, foi considerado baixo e inconstitucional em 2013, no julgamento da class action Floyd, et al. v. City of New York, et al. pela juíza federal Shira Scheindlin.

12. Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da porta de entrada no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a pretexto de combater a criminalidade, encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e o papel de custos iuris, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

13. Nessa direção, o Manual do Conselho Nacional de Justiça para Tomada de Decisão na Audiência de Custódia orienta a que:

“Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, consequentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal”.

14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

15. Na espécie, a guarnição policial “deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita” e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta atitude suspeita, algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo. [STJ, **RHC 158580**, Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 19/04/2022].

Em síntese, a fundada suspeita exige a indicação de fato objetivo, tangível, concreto e descritível, com suporte em indicadores de realidade, antes da abordagem do alvo, ônus probatório de quem realiza o ato [demonstração do motivo], conforme ilustrado na tabela a seguir:

Característica	Fundada Suspeita [Requisito Lei]	Mera Suspeita [Irregularidade]
Natureza	Critério objetivo, tangível e comprovável .	Impressão subjetiva , intuição ou “tirocínio”.
Standard Probatório	Alta probabilidade de posse de corpo de delito.	Mera possibilidade ou suspeição genérica .
Temporalidade	Deve estar configurada antes da abordagem.	Frequentemente justificada após a revista.
Base de Motivação	Fatos concretos , indicadores de realidade e atos precisos.	Nervosismo, aparência, vestimenta ou área de risco.
Fatores Vedados	Preconceito, estereótipo e discriminação racial/social .	Baseada em marcadores biopsicossociais e racismo estrutural .
Sindicabilidade	Permite controle e explicação objetiva a posteriori .	Intangível; inviabiliza o controle pelo Poder Judiciário.
Finalidade	Finalidade probatória (busca de objetos de crime).	Finalidade preventiva ou exploratória [fishing expedition].
Validade	Ato administrativo legítimo e prova lícita .	Abuso de poder; resulta em provas ilícitas e trancamento de processos .

O informante **J. D. C.**, adolescente envolvido nos fatos, disse em audiência que trabalhava na lavagem do irmão do apelante. Em determinado dia, estava na lavagem conversando e bebendo com **Leandro**, quando este lhe mostrou o que tinha para vender e lhe

5001062-20.2020.8.24.0139

7859432.V19



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propôs entregar a droga em Porto Belo em troca de R\$ 200,00. O depoente aceitou e se dirigiu ao local em um carro de aplicativo, conduzido por um amigo do apelante. Ao chegar ao estacionamento do mercado, a polícia os abordou. A polícia chegou no momento em que estacionavam o carro. Declarou que estava no banco de trás do veículo e que, após a abordagem, contou tudo aos policiais. Em seguida, a polícia foi até a lavação, que foi cercada, e encontrou mais drogas no local.

Ouvido na condição de informante, **Alberto A. B. S.**, primo do apelante, sobre a abordagem policial, confirmou que, tão logo parou o veículo no estacionamento, foi interceptado pelos agentes públicos. Disse que os policiais perguntaram onde estava a droga, ao que respondeu não saber de nada, pois era apenas um motorista de aplicativo fazendo uma corrida. A droga, que acredita ser “bala” [ecstasy], foi encontrada com **J. D. C.**. Relatou que os agentes apenas lhe perguntavam sobre a droga, e ele negava o conhecimento. A polícia também foi até sua casa para verificar se havia algo ilícito, mas nada foi encontrado. Negou a existência de barreira policial.

O policial **Diego M. A.** descreveu em audiência que o veículo desviou da barreira policial e parou no estacionamento do supermercado, por este motivo os policiais realizaram busca veicular. Depois disso, dirigiram-se até a lavação do apelante, onde abordaram **Leandro** que confessou a prática delitiva e autorizou o ingresso dos militares no local. Não se recorda exatamente onde estava situada a barreira policial e quantos agentes públicos trabalhavam no local.

No mesmo sentido, o policial militar **Fabio F. R.** relatou que durante a barreira policial verificou um veículo desviar e estacionar próximo a um supermercado. Diante disso, realizaram a abordagem. Nos bolsos do adolescente localizaram dois pacotes com 50 comprimidos de ecstasy. Após a confissão do adolescente, se deslocaram até a residência do apelante, onde encontraram um pouco mais de 300 comprimidos de ecstasy e 15 porções de cocaína.

É verdade que, se durante as diligências preliminares se configurar alguma hipótese concreta de “fundadas razões” de situação de flagrância para entrada em domicílio [CR, art. 5º, XI c/c CPP, art. 302] ou de “fundada suspeita” para **busca pessoal e veicular** [CPP, art. 244], os agentes públicos devem agir, por se tratar de ato administrativo vinculado [presentes os requisitos, o ato é obrigatório]. Por ser ato administrativo vinculado [sem espaço discricionário], configurados os requisitos necessários [motivos determinantes], com base em suporte fático objetivo, tangível e identificável, o agente de segurança pública **deve** realizar a abordagem [busca pessoal; busca veicular ou prisão em flagrante]. **A comprovação da conformidade das diligências é ônus atribuído ao agente estatal.**

No caso, contudo, a decisão de interceptar o veículo e abordar o adolescente decorreu de mera impressão subjetiva dos agentes, sem qualquer outra justificativa. Os agentes públicos descrevem genericamente que o veículo desviou da barreira policial. Não há nenhum indicativo de que o veículo trafegasse em alta velocidade ou de que houvesse outro elemento concreto que justificasse a interpretação do desvio como comportamento suspeito. O veículo estacionou nas proximidades de um supermercado pouco antes da barreira policial, ou seja, poderia se tratar de clientes de referido estabelecimento.



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O momento da abordagem inicial não foi registrado por vídeo e, em juízo, o adolescente [**J. D. C.**] e o motorista [**Alberto A. B. S.**] negaram terem percebido a existência de barreira policial, limitando-se a asseverar que, tão logo estacionaram o carro, foram abordados.

Boa parte dos pontos controversos poderia ser solucionada por meio de fontes de prova independentes e autônomas, especialmente o uso de **câmeras corporais** pelos policiais militares que participaram da ocorrência.

Câmeras corporais [*câmeras individuais; body cams; body-worn cameras; DWCs*] são artefatos tecnológicos destinados ao registro e documentação de acontecimentos, amplamente utilizados em outros países, com o fim de garantir conformidade aos atos públicos e privados.

No contexto da segurança pública, embora ausente lei em sentido formal, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados [com destaque para a ADPF 635, Relator Min. **Edson Fachin** e a Suspensão de Liminar 1696, Relator Min. **Roberto Barroso**], reconheceu a importância da **documentação ininterrupta** das ações policiais.

Além disso, a **Portaria 648/2024**, publicada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, estabeleceu diretrizes nacionais para o uso de câmeras corporais por órgãos de segurança pública no Brasil, com os seguintes objetivos:

[a] **Obrigatoriedade de Gravação:** O uso e acionamento das câmeras são obrigatórios em diversas situações de interação com o público, como atendimentos de ocorrências, abordagens, buscas pessoais, veiculares, domiciliares, perícias e escoltas.

[b] **Condicionante de Recursos:** O repasse de verbas do Fundo Nacional de Segurança Pública [*FNSP*] e do Fundo Penitenciário Nacional [*FUNPEN*] para projetos de câmeras está condicionado ao cumprimento dessas diretrizes pelos estados.

[c] **Acesso e Transparência:** Estabelece prazos para o fornecimento de imagens (até 20 dias, prorrogáveis por mais 10) e garante o acesso em tempo real para instituições do sistema de justiça criminal.

[d] **Privacidade e Ética:** As gravações devem observar as regras de proteção de dados e preservar a integridade dos registros originais.

[e] **Câmeras Veiculares:** Quando tecnicamente viável, as diretrizes também se aplicam aos equipamentos instalados em viaturas.

A importância da Portaria 648/2024 foi objeto de análise na decisão proferida pelo STF na Suspensão de Liminar 1696:

18 32. Em terceiro lugar, a definição, por esta decisão, de três situações de uso obrigatório de câmeras corporais não significa que o porte desses equipamentos não seja importante e recomendável em outras circunstâncias, em especial naquelas destacadas na Portaria nº 648/2024 do Ministério da Justiça. Na medida em que for viável, o Estado de São Paulo deve garantir que unidades que realizam patrulhamento preventivo e ostensivo também sejam contempladas, conforme diretrizes a serem publicizadas. **A previsão está em linha com o previsto no art. 8º, XVI da Portaria nº 648/2024 do Ministério da Justiça[4] e o pleito da Defensoria Pública estadual.**

Alexandre Claudino Simas Santos resume e explica o uso e os cuidados adicionais no ambiente do processo penal:



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do ponto de vista processual, as câmeras corporais se enquadram como meio de obtenção de prova, ou seja, “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova” (LOPES JR, 2020, p. 586). As gravações registradas são classificadas como meio de prova, “através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão” (LOPES JR, 2020, p. 586), tipificando-se como prova de espécie documental (LOPES JR, 2020, p. 790) de caráter digital, uma vez que a incorporação dos registros audiovisuais ocorre por meio desmaterializado, em um processo em que “la rappresentazione è incorporata su di una base materiale mediante grandezza fisica variabili con discontinuità” (TONINI, 2015, p. 363). Por esse motivo, os registros das câmeras corporais devem ser tratados como evidências digitais e incluídos no âmbito científico conhecido como digital forensics (ou informática forense), que estuda “as problemáticas técnicas e jurídicas relacionadas às investigações sobre dados digitais” (PITTIRUTI, 2017, p. 3).

[...]

Processualmente, os dispositivos de gravação se enquadram como meio de obtenção de prova, e os registros audiovisuais são meios de prova do tipo documental de base material digital, submetendo-se às formalidades da cadeia de custódia nos termos do Código de Processo Penal. Entretanto, a constatação de que a cultura jurídica brasileira tende a contornar formalismos processuais em detrimento de garantias indica que é preciso editar normas procedimentais mais claras e cujo descumprimento implique consequências objetivas, como, por exemplo, a nulidade da prova e a responsabilização administrativa de agentes públicos.

[SANTOS, Alexandre Claudino Simas. **A regulamentação do uso de câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública e os reflexos na persecução penal**: entre o efeito civilizatório e a armadilha solucionista. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Encontro Virtual, v. 9, n. 1, p. 56-77, jan./jun. 2023; e-ISSN: 2526-0065, p. 67 e 71].

Existem múltiplos estudos apontando para o ganho probatório do uso adequado de câmeras corporais, desde que criadas camadas adicionais de conformidade quanto à obtenção, armazenamento e uso [MOREIRA, Horrara; SALIBA, Pedro; ZANATTA, Rafael. **Câmeras corporais na segurança pública no Brasil: diagnóstico sobre o uso secundário de dados de forma justa**. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2024].

Ainda que necessárias políticas, protocolos e normas adicionais, a posição majoritária aponta para ganhos no uso concreto de câmeras corporais na atividade de policiamento ostensivo e, por consequência, na proteção de todos os envolvidos [policiais e população], especialmente quanto à prevenção de acusações infundadas contra agentes públicos e melhoria da qualidade probatória [CANI, Luiz Eduardo; NUNES, João Alcantara. **Erros judiciais em tempos de digital surveillance: os algoritmos de reconhecimento facial em questão**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 8, n. 2, p. 679-712, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.720>. Acesso em: 12/01/2025].

A orientação é reiterada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso.

Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 (“ADPF das Favelas”, finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso – em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP – reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que “o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos”. [STJ, **RHC 158580**, Min. Rogério Schietti Cruz, 6ªT, j. 19/04/2022].

No caso concreto, há divergência significativa sobre o suposto desvio de barreira policial, fator que teria motivado a abordagem inicial. Para completar, ainda que de fato houvesse fiscalização policial na região, o desvio para o estacionamento de um supermercado, nos moldes narrados pelos policiais, é insuficiente para caracterizar comportamento suspeito que justifique a abordagem aos ocupantes do veículo. Reforça-se que a comprovação da conformidade das diligências é ônus atribuído ao agente estatal.

A Teoria da Perda de Uma Chance Probatória no Processo Penal [*MORAIS DA ROSA, Alexandre; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória no Processo Penal. Florianópolis: Emais, 2024*] é uma ferramenta argumentativa orientada a balizar o cumprimento do **ônus probatório** [carga] da acusação, assegurando a obtenção de **todos** os meios de provas possíveis, relevantes, razoáveis e exigíveis ao esclarecimento do fato penal [*incriminatórios e exculpantes*].

Originária do Direito Civil francês, a Teoria da Perda de uma Chance [*perte d'une chance*] foi concebida para tornar indenizável a perda da oportunidade de se alcançar um *resultado favorável* [*futuro e incerto, mas possível e provável*]. A *incerteza* inerente à perda da chance não retira o direito à indenização, porque a chance, por si só, possui um valor econômico próprio. No domínio civil, o dano é reparável quando comprovado um **juízo de probabilidade** [*e não de mera possibilidade*] de que a vantagem seria alcançada ou o prejuízo evitado, sendo o grau de probabilidade que determina o valor da reparação.

Compete à acusação o ônus de lançar mão de todas as *provas relevantes, pertinentes, razoáveis e possíveis* [CPP, art. 156], **para além da dúvida razoável** [*standard probatório penal*], com o fim de alterar o estado inicial de inocência do arguido para o de culpado [garantia do estado constitucional de inocência]. Logo, se o Estado, por seus agentes, omite-se [*direção negativa*] na tarefa exigível de adquirir e produzir todas as provas relevantes, possíveis e razoáveis, sem risco pessoal aos agentes ou custos irrazoáveis, para o esclarecimento de todas as circunstâncias do fato penal, opera-se a perda de uma chance probatória.

Afasta-se a incidência da Teoria da Perda de Uma Chance Probatória nos casos nos quais a análise holística do conjunto de provas for suficiente à verificação, para além da dúvida razoável [*standard probatório penal*] da hipótese acusatória [*HAc*] formulada sobre o fato penal [*conduta imputada: materialidade, autoria e elemento subjetivo*].

No entanto, se algum meio de prova disponível, pertinente e relevante deixar de ser adquirido **por omissão dos agentes públicos**, reduzindo de modo espúrio o conjunto de provas submetido à valoração, a direção e magnitude da lacuna [*ausência*] devem ser **interpretadas em favor da defesa** [*p.ex.: não aquisição ou falta de uso de câmeras de segurança e câmeras corporais; ausência de perícia no local do fato, omissão de documentos disponíveis, etc.*].

A teoria somente se aplica aos casos nos quais o Estado se omite e deixa de adquirir ou produzir meio de prova pertinente ao esclarecimento das **circunstâncias relevantes do fato penal** que estavam ao alcance de seus agentes [*cessa o curso*].



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de *diligências pertinentes e relevantes*], julgando suficientes os elementos já coletados e encerrando a atividade probatória. Essa omissão [*desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento oportuno, etc.*] causa uma limitação espúria à justa expectativa de boa-fé [*confiança*] do arguido de que o estado inicial de inocência somente seja afastado por meio de prova penal robusta, sem espaço para dúvida razoável [*standard probatório*].

Diferença Fundamental entre Possibilidade vs Probabilidade: diferentemente da seara civil, que lida com a probabilidade, no processo penal, a condenação penal exige a superação do *standard* probatório para além da dúvida razoável, equivalente a uma **quase-certeza** [*alta probabilidade; 0,8 ou 0,9*].

A perda de uma chance probatória articula-se por meio da identificação objetiva de **comportamento omissivo de agentes estatais que deixam de adquirir ou produzir indicadores de realidade** [*meios de prova*] com força suficiente à manutenção da dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos de materialidade, autoria e elemento subjetivo [*dolo ou culpa*] sobre o fato penal imputado.

No atual estado da arte, é necessário atribuir e exigir o cumprimento do *standard* probatório necessário à atribuição preliminar da materialidade, autoria e elemento subjetivo, embora, **de modo injustificável, não se tenha utilizado câmeras corporais, artefato necessário e disponível, apto a reduzir arbitrariedades e violações de direitos**, a ser considerado adiante, quando do julgamento de mérito [MORAIS DA ROSA, Alexandre; SANTOS, Alexandre Claudino Simas. **Quem com bodycam filma, com bodycam será filmado. É da democracia**. Conj. em 23/01/2024: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-23/quem-com-bodycam-filma-com-bodycam-sera-filmado-e-da-democracia/>].

Para fins de condenação penal, no entanto, a superação do *standard* probatório para além da dúvida razoável exigirá **prova independente e autônoma**, sendo vedada a sobreposição da função dos agentes de segurança pública, a saber: os **policiais são fontes de prova e jamais prova** do fato penal. O registro audiovisual da ocorrência é um dever de conformidade associado ao devido processo legal.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial 1940381, sob a relatoria do Min. **Ribeiro Dantas**, por unanimidade, afirmou a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance probatória no processo penal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA SUA REJEIÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) QUE NÃO SERVE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO, PELA POLÍCIA, DAS TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO, IMPOSSIBILITANDO SUA OUVIDA EM JUÍZO. FALTA TAMBÉM DO EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, III E VII, E 158 DO CPP. DESISTÊNCIA, PELO PARQUET DA OUVIDA DE DUAS TESTEMUNHAS IDENTIFICADAS E DA VÍTIMA. GRAVES OMISSÕES DA POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE RESULTARAM NA FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVAS RELEVANTES. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO DEPOIMENTO DO REPRESENTADO. EVIDENTE INJUSTIÇA EPISTÊMICA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RECORRENTE.

1. O representado foi condenado em primeira e segunda instâncias pela prática de ato infracional análogo a homicídio tentado.

2. Como relataram a sentença e o acórdão, a namorada grávida e um amigo do recorrente foram agredidos por J F DA S A após este ter consumido bebida alcoólica, ao que o representado reagiu, golpeando o agressor com um paralelepípedo. Segundo as instâncias ordinárias, constatou-se excesso na legítima defesa, com base nos depoimentos indiretos do bombeiro e da policial militar que atenderam a ocorrência quando a briga já havia acabado. Esses depoentes, por sua vez, relataram o que lhes foi informado por “populares”, testemunhas oculares da discussão que não chegaram a ser identificadas ou ouvidas formalmente pela polícia, tampouco em juízo.

3. O testemunho indireto (hearsay testimony) não se reveste da segurança necessária para demonstrar a ocorrência de nenhum elemento do crime, mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP).

4. A imprestabilidade do testemunho indireto no presente caso é reforçada pelo fato de que a polícia, em violação do art. 6º, III, do CPP, nem identificou as testemunhas oculares que lhes repassaram as informações posteriormente relatadas pela policial militar em juízo. Por outro lado, a vítima, a namorada do recorrente e seu amigo – todos conhecidos da polícia e do Parquet – não foram ouvidos em juízo, tendo o MP/AL desistido de sua inquirição.

5. Para além da falta de identificação e ouvida das testemunhas oculares, a vítima não foi submetida a exame de corpo de delito, por inércia da autoridade policial e sem a apresentação de justificativa válida para tanto (na forma do art. 167 do CPP), o que ofende os arts. 6º, VII, e 158 do CPP. Perda da chance probatória configurada.

6. “Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) –, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída” (ROSA, Alexandre Moraes da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017, p. 462).

7. Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese de legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica – cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência –, pela simples desconsideração da narrativa do representado.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrente, com a adoção das seguintes teses:

8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de “ouvir dizer” ou hearsay testimony) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP.

8.2: quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De todo o modo, é inegável que a lógica das garantias constitucionais foi subvertida neste caso. Vasculhou-se a intimidade, para além dos limites legais, a fim de constatar conduta criminoso. Somente após a busca pessoal, realizada sem nenhuma fundada suspeita prévia, é que foi justificada a abordagem por meio da constatação de certa parcela de droga.

Em síntese, a abordagem ocorreu sem nenhum suporte concreto anterior [*campana; venda; fotos; monitoramento; relatório; registros de atos de comercialização de drogas, registro de atos ilícitos, etc.*], em desconformidade com as premissas antes estabelecidas em relação às exigências concretas e objetivas para configuração do requisito “fundada suspeita” [CPP, art. 244].

Nesse sentido, o voto proferido pelo Min. **Sebastião Reis Júnior** no HC 638591:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. ILEGALIDADE FLAGRANTE AFERÍVEL DE OFÍCIO. PROVAS ILÍCITAS. BUSCA PESSOAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDADA SUSPEITA INEXISTENTE. NULIDADE. ABSOLVIÇÃO.

1. Segundo a pacífica orientação desta Corte, 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 (REsp n. 1.871.856/SE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 30/6/2020). O mesmo entendimento aplica-se à hipótese de busca pessoal, uma vez que o art. 240, § 2º, também exige a ocorrência de fundada suspeita para que o procedimento persecutório seja autorizado e, portanto, válido.

2. Na hipótese, não há qualquer referência a investigação preliminar, ou menção a situações outras que poderiam caracterizar a justa causa para a revista pessoal, como campanhas no local, monitoramento do suspeito, ou, ao menos, movimentação de pessoas a indicar a traficância. Há apenas menção à delação anônima como suporte para a violação ao direito do réu à preservação de sua intimidade (art. 5º, X, da CF).

3. Não se pode admitir que a posterior situação de flagrância, por se tratar o tráfico de delito que se protraí no tempo, justifique a revista pessoal realizada ilegalmente, pois amparada em mera suspeita, conjectura.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, reconhecendo a nulidade das provas obtidas por meio da revista pessoal do réu, bem como as dela derivadas, absolver o paciente com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal. [STJ. HC 638591, Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 07/05/2021]

Se a abordagem é ilegal, a droga encontrada é inadmissível para fins penais, contaminando, por derivação [*fruto da árvore envenenada*], todos os atos subsequentes [*busca veicular, apreensão das drogas, busca domiciliar, declarações, etc.*].

O Supremo Tribunal Federal, em 1º/08/2008, no julgamento do HC 93050, relatado pelo Min. **Celso de Mello**, estabeleceu o *leading case*, que serve de parâmetro à análise dos casos concretos:



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

"Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar". [STF. HC 93050, Min. Celso de Mello, j. 1º/08/2008].

Logo, havendo a obtenção por meio ilícito, o produto obtido é inadmissível, contaminando a cadeia lógica de prova, salvo a posição da maioria quanto à configuração das exceções do art. 157 do CPP [fonte independente ou descoberta inevitável].

Se a abordagem é nula, então todas as provas são contaminadas pela ilicitude inicial, sendo inviável a manutenção da condenação criminal.

2.4. BUSCA DOMICILIAR

Como reforço argumentativo, quanto às circunstâncias de que o adolescente, depois de abordado, confessou a prática delitiva e indicou o endereço do apelante, somado à suposta autorização de busca domiciliar fornecida por **Leandro**, é preciso analisar os requisitos para a validade das anuências.

Consentimento do Titular - requisitos: acolher a alegação de que o apelante autorizou espontaneamente a entrada pode convencer por duas razões: [a] ingenuidade; ou, [b] má-fé. O Min. **Rogério Schietti Cruz** afirma: "*Chega a ser – para dizer o mínimo – ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência*". [STJ. HC 598051, Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, Julgado em 02.03.2021].

Sobre o alegado franqueamento do suspeito detido, já apontei [Guia do processo penal estratégico - livro eletrônico: de acordo com a teoria dos jogos e o MCDA-C. Florianópolis, SC: EMais, 2021, p. 393-394]:



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) Preso ou Detido: hipótese diversa é quando o investigado é objeto de busca e apreensão (por mandado ou pessoal), de prisão em flagrante, preventiva, temporária (condução coercitiva disfarçada: como o STF proibiu novas conduções coercitivas, muitos prendem temporariamente) e soltam em seguida. Enquanto na hipótese “a” o investigado não está pressionado por qualquer forma, no caso “b” inexiste condições de validar ao assentimento dado o contexto fático manifestamente hostil. A condição de desvantagem física e psicológica faz com que se configure o denominado constrangimento ambiental. Com isso, qualquer manifestação de renúncia de direitos não pode ser acolhida como válida. Ainda que se considere a existência de anuência pelo investigado para vasculhar seu celular, tem-se que, com a intimidação ambiental e o constrangimento que a prisão proporciona, é inválida a dita manifestação da vontade, salvo se produzida na presença de defensor, depois de ser advertido formal e documentalmente dos direitos renunciados. Sem isso, o que for obtido é nulo, contaminando as provas decorrentes (fruto da árvore envenenada). O tema foi aprofundado nos itens 12.1 (prisão em flagrante) e 15.1 (Busca e Apreensão), para onde se remete o leitor;

Para que o consentimento ao ingresso policial em domicílio seja considerado válido, é necessário que ocorra de forma livre e voluntária, no exercício pleno da autonomia privada, sem qualquer tipo de coação ou constrangimento ao morador. Por ser um ato jurídico, o consentimento demanda a presença dos pressupostos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia [CC, art. 104].

Tipos de Consentimento: *[a] Verbal:* Autorização oral, sem necessidade de formalização documentada; *[b] Escrito:* Assinatura de termo ou declaração formal registrada pelo morador; ou *[c] Audiovisual:* Registro por meios eletrônicos, como gravação em vídeo ou áudio.

A existência e validade do ato se subordinam à verificação dos seguintes pontos:

[a] O consentimento verbal é suficiente para legitimar a busca domiciliar, inexistindo a exigência de gravação ou registro escrito;

[b] A autorização deve ser livre e voluntária, sem coação ou vícios [ônus do agente estatal];

[c] Quando ausente prova objetiva [termo escrito ou vídeo], o relato dos policiais recebe escrutínio especial, principalmente quando ausentes câmeras corporais;

[d] Caso haja indícios de abuso ou constrangimento, a prova poderá ser anulada e os policiais responsabilizados;

[e] O consentimento pode ser dado por qualquer morador com poder de disposição sobre o domicílio.

Para tornar mais precisa a análise, pode-se usar um teste prático de conformidade:

PONTOS DE VERIFICAÇÃO DA CONFORMIDADE: PERGUNTAS	SIM	NÃO
[1] Quem consentiu estava livre e não detido ou preso?		X
[2] O consentimento ocorreu antes da entrada no domicílio?	X	
[3] A autorização foi dada por alguém com poderes para dispor do domicílio?	X	
[4] O morador deu autorização livremente, sem coação ou constrangimento?		X
[5] Há indicadores de constrangimento situacional, abuso de autoridade, ameaça ou		X



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pressão por parte dos policiais?		
[6] Se houve gravação ou documento escrito , confirma a regularidade da autorização?		X
[7] A autorização verbal apresenta sinais de vício de consentimento?	X	
[8] O relato dos policiais é coerente, detalhado e compatível com as demais provas?		X
[9] Há elementos que indiquem ser inverossímil a versão policial?	X	
Análise: falta de indicativos de conformidade		

Em 22 de novembro de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 762932, da relatoria do Ministro **Rogério Schietti Cruz**, reconheceu a ilicitude do meio de obtenção de prova e, por consequência, absolveu o agente, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COAÇÃO AMBIENTAL/CIRCUNSTANCIAL. VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), 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 (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ: REsp n. 1.574.681/RS.

3. No caso, policiais receberam uma denúncia anônima segundo a qual o acusado estava com uma arma de fogo em via pública, razão por que o abordaram e encontraram a referida arma. Depois disso, decidiram ir até a residência da genitora dele, onde ele disse que residia, mas ela informou que o réu morava com o pai. Então dirigiram-se até tal residência e entraram no imóvel com a suposta autorização do paciente, oportunidade em que soltaram cães farejadores de drogas, sob a justificativa de que o réu tinha um antecedente por tráfico.

4. Não houve, entretanto, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local, a afastar a hipótese de que se tratava de averiguação de informações robustas e atuais acerca da existência de drogas naquele lugar. Da mesma forma, não se fez menção a nenhuma atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. A denúncia anônima, aliás, nem sequer tratava da presença de entorpecentes no imóvel, mas sim do porte de arma de fogo em via pública distante do domicílio, a qual já havia sido encontrada e apreendida.

5. O simples fato de o acusado ter um antecedente por tráfico não autorizava a realização de busca domiciliar, porquanto desacompanhado de outros indícios concretos e robustos de que, naquele momento específico, ele guardava drogas em sua residência. Ora, admitir a validade desse fundamento para, isoladamente, autorizar essa diligência invasiva, implicaria, em última análise, permitir que todo indivíduo que um dia teve algum registro criminal na vida tenha seu lar diuturnamente vasculhado pelas forças policiais, a ensejar, além da inadmissível prevalência do “Direito Penal do autor” sobre o “Direito Penal do fato”, uma espécie de perpetuação da pena restritiva de liberdade, por vezes até antes que ela seja imposta. Isso porque, mesmo depois de cumprida a sanção penal (ou até antes da condenação), todo



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciado (ou acusado ou investigado) poderia ter sua residência vistoriada, a qualquer momento, para “averiguação” da existência de drogas, como se a anotação criminal lhe despiesse para todo o sempre da presunção de inocência e da garantia da inviolabilidade domiciliar, além de lhe impingir uma marca indelével de suspeição.

*6. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso **domiciliar**, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.*

7. A Quinta Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 616.584/RS (Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 6/4/2021) perfilou igual entendimento ao adotado no referido HC n. 598.051/SP. Outros precedentes, de ambas as Turmas Criminais, consolidaram tal compreensão.

8. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que o paciente, depois de ser abordado e preso por porte de arma de fogo em via pública distante de sua residência, sabendo ter drogas em casa, haveria livre e espontaneamente franqueado a realização de buscas no imóvel com cães farejadores, os quais fatalmente encontrariam tais substâncias.

9. Se, de um lado, deve-se, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que a notoriedade de frequentes eventos de abusos e desvios na condução de diligências policiais permite inferir como pouco crível a versão oficial apresentada no inquérito policial, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota indisfarçável desejo de se criar narrativa que confira plena legalidade à ação estatal. Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos –, ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio pro libertas).

10. Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11. Mesmo se ausente coação direta e explícita sobre o acusado, as circunstâncias de ele já haver sido preso em flagrante pelo porte da arma de fogo em via pública e estar detido, sozinho – sem a oportunidade de ser assistido por defesa técnica e sem mínimo esclarecimento sobre seus direitos –, diante de dois policiais armados, poderiam macular a validade de eventual consentimento (caso provado), em virtude da existência de um constrangimento ambiental/circunstancial. Isso porque a prova do consentimento do morador é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para legitimar a diligência policial, porquanto deve ser assegurado que tal consentimento, além de existente, seja válido, isto é, livre de vícios aptos a afetar a manifestação de vontade.

12. Em *Scheneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973), a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu algumas orientações sobre o significado do termo “consentimento”. Decidiu-se que as buscas mediante consentimento do morador (ou, como no caso, do ocupante do automóvel onde se realizou a busca) são permitidas, “mas o Estado carrega o ônus de provar ‘que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado’”. O consentimento não é livre quando de alguma forma se percebe uma coação da sua vontade. A Corte indicou que o teste da “totality of circumstances” deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores subjetivos, relativos ao próprio suspeito (i.e., se ele é particularmente vulnerável devido à falta de estudos, baixa inteligência, perturbação mental ou intoxicação por drogas ou álcool) e fatores objetivos que sugerem coação (se estava detido, se os policiais estavam com suas armas à vista, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, ou exercitaram outras formas de sutil coerção), entre outras hipóteses que poderiam interferir no livre assentimento do suspeito (ISRAEL, Jerold H.; LAFAYE, Wayne R. *Criminal procedure. Constitucional limitations*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 139-141).

13. O art. 152 do Código Civil, ao disciplinar a coação como um dos vícios do consentimento nos negócios jurídicos, dispõe que: “No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela”. Se, no Direito Civil, que envolve, em regra, direitos patrimoniais disponíveis, em uma relação equilibrada entre particulares, todas as circunstâncias que possam influir na liberdade de manifestação da vontade devem ser consideradas, com muito mais razão isso deve ocorrer no Direito Penal (lato sensu), que trata de direitos indisponíveis de um indivíduo diante do poderio do Estado, em relação manifestamente desigual.

14. É justamente essa disparidade de forças, aliás, somada à ausência de liberdade negocial concreta, que leva ao frequente reconhecimento da invalidade da manifestação de vontade da parte hipossuficiente no âmbito do Direito do Consumidor; mesmo quando externada por escrito e relativa a direitos disponíveis, em virtude da abusividade de cláusulas impostas pelo lado mais forte, nos termos, por exemplo, do art. 51, IV do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

15. Deveras, retomando a hipótese dos autos, uma vez que o acusado já estava preso pelo porte de arma de fogo em via pública, sozinho, diante de dois policiais armados, sem a opção de ser assistido por defesa técnica e sem mínimo esclarecimento sobre seus direitos, não é crível que estivesse em plenas condições de prestar livre e válido consentimento para que os agentes de segurança estendessem a diligência com uma varredura especulativa auxiliada por cães farejadores em seu domicílio à procura de drogas, a ponto de lhe impor uma provável condenação de 5 a 15 anos de reclusão, além da pena prevista para o crime do art. 14 do Estatuto do Desarmamento, no qual já havia incorrido.

16. A diligência policial, no caso dos autos, a rigor, configurou verdadeira pescaria probatória (fishing expedition) no domicílio do acusado. Com efeito, uma vez que a arma de fogo mencionada na denúncia anônima já havia sido apreendida com o paciente em via pública (distante da residência, frise-se) e não existia nenhum indicio concreto, nem sequer informação apócrifa, quanto à presença de drogas no interior do imóvel, não havia razão



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legítima para que os agentes de segurança se dirigissem até o local e realizassem varredura meramente especulativa à procura de entorpecentes com cães farejadores. Cabia-lhes, apenas, diante do encontro da arma de fogo em via pública, conduzir o réu à delegacia para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

17. A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes.

18. Porque as instâncias ordinárias, ao condenar o réu pelo crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.823/2006, consideraram que a apreensão da arma de fogo ocorreu antes e fora da residência, em contexto fático independente, a condenação por tal delito não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas no interior do domicílio, notadamente quando verificado que a validade da busca pessoal que resultou na apreensão da referida arma na cintura do paciente não foi questionada pela defesa.

*19. Ordem concedida para, considerando que não houve fundadas razões, tampouco comprovação de consentimento válido para a realização de buscas por drogas no domicílio do paciente, reconhecer a ilicitude das provas por esse meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo em relação à prática do delito de **tráfico de drogas**".*

Em consequência, a suposta legitimidade da abordagem é incompatível com o standard probatório necessário à legitimidade da abordagem. Ademais, a ausência de filmagens da abordagem demonstram a ausência de corroboração independente.

É pertinente destacar julgado relatado pelo Desembargador **Geraldo Prado**, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro [*Apelação Criminal 2009.050.07372*] que, embora antigo, ainda constitui verdadeira aula de como se deve proceder na garantia de direitos fundamentais:

PROVA ILÍCITA. INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO, INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO AO SILÊNCIO. CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO. Apelantes condenadas pela prática dos crimes definidos nos artigos 171, § 2.º, inciso V, na forma do artigo 14, inciso II, 299 e 340, todos do Código Penal. Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvção.

Consta do voto:

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada e não simplesmente íntima suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consuma. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, encontrasse à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado.



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O contexto de desrespeito ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio e/ou da autorização sem coações eivou de nulidade as provas apreendidas, já que ausente mandado de busca e apreensão e de comprovação, por prova independente, de autorização válida.

Diante disso, embora a intervenção policial tenha resultado na apreensão de drogas não se pode afirmar com a certeza necessária [*para além da dúvida razoável*], que o procedimento da prisão em flagrante foi válido, dados os indicadores de atividade exploratória e pretextual.

3. CONCLUSÃO

Assim, reconhece-se a ilegalidade da apreensão dos objetos [ev. 3.1, p. 17], dada a contaminação da cadeia lógica de prova e, por consequência, absolve-se o apelante por ausência de materialidade [CPP, art. 386, II].

Os celulares e a quantia em dinheiro apreendida devem ser restituídos, mediante comprovação da origem lícita.

4. DISPOSITIVO

Por tais razões, voto por **conhecer** do recurso e **dar-lhe provimento** para declarar a ilicitude das diligências policiais [*buscas pessoal, veicular e domiciliar*] e **absolver o apelante**, por ausência de provas da materialidade delitiva [CPP, art. 386, II].

Documento eletrônico assinado por **ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7859432v19** e do código CRC **3480ef75**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
Data e Hora: 23/06/2026, às 23:25:24

5001062-20.2020.8.24.0139

7859432.V19