

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 224.294 PARANÁ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S) : GUILHERME BATISTA ULI
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão (e-DOC 9) que negou seguimento monocraticamente ao *habeas corpus*, reiterando os termos da impetração.

Após reanalisar o caso concreto, especificamente quanto à aplicação da redução máxima do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da função de “mula”, cabe analisar a conformidade antecedente das premissas (fática e normativa) suporte das decisões proferidas. É que a aplicação do redutor mínimo ou máximo pressupõe a validade do procedimento e da licitude da prova. Anote-se que a inferência decorre da premissa fática estabelecida pelas instâncias ordinárias quanto à validade da abordagem e da busca pessoal (CPP, art. 244), sem revolvimento da matéria probatória e tão somente quanto à validade e solidez da motivação e da fundamentação.

Em primeiro lugar é preciso distinguir as três hipóteses abstratas de incidência previstas no art. 244 do Código de Processo Penal:

“Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

A primeira é a busca pessoal posterior à prisão. A segunda é a busca pessoal antecedente à prisão, em que a presença, a priori, da fundada suspeita quanto à existência (a) de arma proibida; ou; (b) objetos ou papéis que constituam corpo de delito, comprovada *a posteriori*. A terceira é a realizada no contexto de busca e apreensão domiciliar, em que pode surgir a necessidade de busca pessoal. As duas primeiras situações interessam à análise do caso concreto.

HC 224294 AGR / PR

Na hipótese de flagrante delito posto e não pressuposto, a busca pessoal é a consequência lógica da prisão antecedente (CP, art. 301), enquanto na ausência de prévia prisão em flagrante, o pressuposto normativo e lógico da busca pessoal é o da existência objetiva, tangível e comprovável pelo Estado, *a posteriori*, dos atributos da “fundada suspeita objetiva”.

A atribuição do ônus da prova ao Estado quanto à conformidade da restrição do direito fundamental de ir, vir e ficar nada mais é do que a reafirmação do julgamento do Tema 280 por esta Corte, nos autos do RE 603.616/RO, de minha relatoria:

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

Destaque-se os dispositivos objeto do Tema 280 (CPP, art. 240, § 1º) e do presente caso (CPP, art. 244), situam-se topologicamente no mesmo Capítulo XI do Código de Processo Penal, sob o descritor DA BUSCA E DA APREENSÃO, ambos relacionados às hipóteses de restrição de direitos e garantias constitucionais.

Constou do voto proferido quando do julgamento do Tema 280:

“A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

Esse princípio é adotado pelo direito norte-americano, na medida em que não dispensa o mandado em situações de crime em curso, salvo se a busca imediata decorrer de circunstâncias exigentes (*exigent circumstances*), assim consideradas as circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a crer que a entrada era necessária para prevenir o dano aos policiais ou

outras pessoas, a destruição de provas relevantes, a fuga de um suspeito, ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços legítimos de aplicação da lei (*Those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry (or other relevant prompt action) was necessary to prevent physical harm to the officers or other persons, the destruction of relevant evidence, the escape of a suspect, or some other consequence improperly frustrating legitimate law enforcement efforts*) [*United States v. McConney*, 728 F. 2d 1195, 1199 (9th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 824 (1984)].

Assim, precisamos rever os termos em que a busca e apreensão domiciliar deve ocorrer.

Novo recurso ao direito comparado nos permite encontrar uma orientação mais segura.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem parte de um texto normativo menos protetivo para chegar a uma conclusão de maior afirmação da garantia.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe sobre a inviolabilidade domiciliar em seu artigo 8º. Esse texto se limita a estabelecer que a violação ao domicílio é tolerável quando estiver prevista na lei. Para além disso, a lei somente pode permitir a ingerência se constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para assegurar uma finalidade aceitável segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, proteção da saúde ou da moral, ou proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Entende-se que a exigência de um mandado judicial autorizando a interferência no domicílio é importante para evitar abusos e arbítrios. No entanto, em situações exigentes, a ausência de mandado judicial prévio pode ser contrabalançada pela disponibilidade de um controle *ex post factum*. Assim, as buscas sem autorização judicial deverão ser passíveis de rigoroso escrutínio *a posteriori* por magistrado nesse sentido, Heino contra Finlândia (caso n. 56720/09), decisão de 15.2.2011; Smirnov contra Rússia (caso 71362/01), decisão de 7.6.2007.

O controle judicial da investigação criminal serve para compatibilizar os direitos de liberdade com os interesses da segurança pública. Esse controle pode ser *a priori* antes da adoção da medida que afeta direitos fundamentais ou *a posteriori* após a adoção da medida. No controle prévio, a adoção da medida deve ser precedida da expedição de uma ordem judicial. O juiz, terceiro imparcial, analisa a presença dos requisitos da medida e, se for o caso, autoriza sua realização.

No controle *a posteriori* a legislação permite aos agentes da administração desde logo atuar, realizando a medida invasiva. Apenas depois de sua concretização, o terceiro imparcial verifica se os agentes da administração agiram de acordo com o direito, analisando se estavam presentes os pressupostos da medida e se sua execução foi conforme o direito.

O controle *a posteriori* pode ser adotado, mesmo em medidas invasivas, se houver razões suficientes para tanto.

É o que ocorre no caso da prisão em flagrante art. 5º, LXI, da CF. Trata-se de exceção à exigência de prévia ordem escrita da autoridade judiciária para a prisão, fundada na urgência em fazer cessar a prática de crime e na evidência de sua autoria. No entanto, é indispensável o controle da medida *a posteriori*, mediante imediata comunicação ao juiz, que analisa a legalidade da prisão em flagrante art. 5º, LXII, da CF.

No caso da inviolabilidade domiciliar, em geral, é necessário o controle judicial prévio expedição de mandado judicial de busca e apreensão. O juiz analisa a existência de justa causa para a medida na forma do art. 240, §1º, do CPP, verifica se estão presentes as fundadas razões para a medida e, se for o caso, determina a expedição do mandado de busca e apreensão.

No entanto, é a própria Constituição que elenca exceções entre elas o flagrante delito nas quais dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em casa. Em crimes permanentes, o agente está permanentemente em situação de flagrante delito. Assim, seria de difícil compatibilização com a Constituição exigir controle judicial prévio para essas hipóteses.

HC 224294 AGR / PR

Da mesma forma, a cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. Talvez porque, nessas hipóteses, presume-se urgência no ingresso na casa.

Essa urgência é presumida independentemente de o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa.

Nas hipóteses em que a Constituição dispensa o controle judicial prévio, resta o controle *a posteriori*. Pelo entendimento atualmente aceito na jurisprudência, se a situação de flagrante se confirma, qualquer controle subsequente à medida é dispensado. Não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na casa onde a diligência foi realizada.

Assim, voltando ao exemplo da droga mantida em depósito em residência, se o policial obtém, mediante denúncia anônima, a informação de que a droga está naquela casa, não poderá pedir mandado judicial, porque ninguém se responsabilizou validamente pela declaração art. 5º, IV, CF. No entanto, poderá forçar a entrada na casa e fazer a prisão em flagrante. Se, eventualmente, vier a ser indagado, poderá preterir que soube da localização da droga por informações de inteligência policial. De qualquer forma, a solidez das informações que levaram ao ingresso forçado não é analisada.

Já afirmamos que essa solução é menos insatisfatória. Em consequência, resta fortalecer o controle *a posteriori*, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente.

É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados para satisfazer o requisito.

O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca

coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir.

Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial denúncias anônimas, afirmações de informantes policiais (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração. Nesse sentido, especificamente sobre a denúncia anônima, decidiu-se no Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11.11.2005. Bem pontuou o Ministro Celso de Mello:

(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (disque-denúncia p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento em relação às peças apócrifas;

Na mesma linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21.5.2015.

Nada impede, contudo, que essas informações venham a dar base a pesquisas e, uma vez robustecidas por outros elementos, embasem a busca.

Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas.

A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução “fundadas razões” demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário.

O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da

avaliação jurisprudencial dos casos concretos.

Há também casos que apresentarão complexidades que ultrapassarão os limites do tema aqui apreciado.

Por exemplo, numa investigação sigilosa, pode surgir a notícia do crime permanente dentro de residência. No entanto, dar acesso ao dono da casa a todos os dados da investigação pode comprometer o restante das pesquisas. Em tese, poder-se-ia realizar investigação independente, documentando indícios mínimos para a busca e retendo o restante da prova. Os limites dessa prática, no entanto, não são aqui debatidos.

Também é comum que, no cumprimento de mandados de busca e apreensão, revelem-se situações de flagrante delito não previstas no objeto inicial. Numa busca por drogas, por exemplo, podem-se encontrar armas de uso proibido. Em princípio, o ingresso forçado está autorizado, pelo que não se cogita de vulneração da garantia da inviolabilidade de domicílio. No entanto, novamente, os limites da prática não são aqui debatidos.

Tampouco se pretende aferir a validade de mandados de busca e apreensão coletivos. Esse expediente, que vem sendo usado em operações em favelas e comunidades conflagradas, testa os limites da garantia contra a inviolabilidade da casa de formas que não comportariam análise no presente tema.

Outra questão não apreciada é a validade do consentimento do morador. As hipóteses concretas podem revelar desdobramentos complexos, seja quanto à prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência. A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal sob autoridade governamental (*under government authority*) ou sob as cores do uniforme (*under color of office*) respectivamente, casos *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921) e caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948). Já houve algum debate sobre o assunto no HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1999. O tema em julgamento, no entanto, não se presta a resolver a questão.

HC 224294 AGR / PR

Enfim, há uma infinidade de complicadores que merecem avaliação em separado. Será a casuística que impulsionará o desenvolvimento de jurisprudência para enfrentar os diferentes temas.

Ainda assim, tenho que a tese é um avanço para a concretização da garantia. Com ela, estar-se-á valorizando a proteção, na medida em que será exigida justa causa, controlável *a posteriori*, para a busca.

No que se refere à segurança jurídica para os agentes da segurança pública, ao demonstrarem a justa causa para a medida, os policiais deixam de assumir o risco de cometer o crime de invasão de domicílio, mesmo que a diligência não tenha o resultado esperado. Por óbvio, eventualmente, o juiz considerará que a medida não estava justificada em elementos suficientes. Isso, no entanto, não gerará a responsabilização do policial, salvo em caso de abuso inescusável.

Assim, tanto o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio quanto à segurança jurídica dos agentes estatais ficarão otimizados.

[...]

Ante o exposto:

a) resolvo a questão com repercussão geral, estabelecendo a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

O dever de coerência, portanto, significa a reafirmação da eficácia do precedente vertical obrigatório estabelecido no Tema 280 quanto à comprovação, *a posteriori*, dos indicadores objetivos, tangíveis e concretos que serviram de suporte fático à inferência da existência de fundada suspeita (CPP, art. 244).

Anote-se que estamos no domínio da restrição de direitos

HC 224294 AGR / PR

fundamentais, especificamente o de ir, vir e ficar (5º, XV: *é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*), atribuindo-se, por via de consequência, o dever de conformidade dos agentes públicos quanto aos pressupostos de atuação. Por isso, embora a Polícia Militar, no exercício da atividade de policiamento ostensivo ou a Polícia Judiciária (CF, art. 144) possam abordar qualquer um do povo, a intervenção deve ser amparada por causa tangível, concreta e objetiva da fundada suspeita (CPP, art. 244). Do contrário, estaríamos invertendo a lógica de proteção dos direitos fundamentais e, de modo direto, a conclusão do Tema 280 desta Corte.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 81.305, da relatoria do Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, em 13/11/2001, enfrentou a situação:

“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 configurado na alegação de que trajava, o paciente, 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”.

No voto, o Min. ILMAR GALVÃO destacou o abuso praticado pelos agentes públicos:

“A hipótese dos autos estaria enquadrada na segunda parte do dispositivo quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja de posse de arma proibida. Ocorre, contudo, que a dita suspeita não pode basear-se em parâmetros unicamente subjetivos, discricionários do policial, exigindo, ao revés, elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, mormente quando notório o constrangimento dela decorrente.

HC 224294 AGR / PR

Do contrário, corre-se o risco de referendar condutas arbitrárias que, além de ofensivas aos direitos e garantias individuais, caracterizam evidente abuso de poder”.

Deste modo, se o abordado está no exercício de seu direito fundamental de ir, vir ou ficar (CF, art. 5º, XV), a restrição imediata, direta e autoexecutável por ato da autoridade policial, direciona ao Estado o dever de comprovar, perante autoridade judiciária, a regularidade da restrição imposta. Toda e qualquer restrição de direitos fundamentais deve ser objeto de controle jurisdicional, com ônus de conformidade do ato atribuído a quem realizou o ato.

Estabelecidas as premissas iniciais, no caso concreto, a partir do discurso sobre os fatos estabelecidos pelas instâncias ordinárias, sem qualquer revolvimento da prova produzida, analiso a validade e a solidez das inferências extraídas apresentadas pelas decisões antecedentes (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007; GASCÓN ABELLÁN, Marina. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022; PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019; TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A Prova no Tribunal do Júri**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; SAMPAIO, Denis. **A Valoração da Prova Penal**. EMais, 2022; FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no Processo Penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. Florianópolis: EMais, 2020).

O caso envolve a questão dos marcadores sociais relacionados a práticas preconceituosas, discriminatórias e racistas, especialmente a gradação da cidadania nas periferias. Para precisar as definições operacionais, cabe estabelecer as distinções preliminares.

Preconceito é a opinião, suposição, crença ou ideia pessoal, geralmente conformada pelas estruturas culturais, desprovidas de suporte lógico, científico ou racional, quanto aos atributos de outras

pessoas ou grupos. Já a Discriminação é a ação baseada no preconceito ou racismo, em que o indivíduo recebe um tratamento injusto apenas por pertencer a um grupo diferente ou apresentar atributos pessoais tidos como inferiores. O Racismo é a inválida suposição de gradação da dignidade da pessoa humana, a partir de crenças ideologicamente fomentadas que foram a causa suficiente às práticas totalitárias e genocidas ao longo da história. Dito de outra forma, Racismo é a crença infundada de superioridade entre membros da classe *homo sapiens*, a partir de critérios biológicos ou de origem.

O suporte teórico do discurso estigmatizante penal foi importado principalmente da Europa, inscrevendo significantes desprovidos de qualquer cientificidade, alicerçados em pressupostos preconceituosos, discriminatórios e racistas, ainda presentes em nossa realidade. Destaca-se a perseverança da compreensão etiológica da Criminologia Positiva, que vaga entre as decisões sob o espectro do “criminoso nato”, da periculosidade de classe, gênero e raça (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018; GÓES, Luciano. **A ‘tradução’ de Lombroso na obra de Nina Rodrigues. O racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016; BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998; SANTOS, Bartira Macedo de Miranda Santos. **Defesa Social, Uma Visão Crítica**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015).

Dentre as diversas tipos de discriminação decorrentes do enviesamento discriminatório, encontram-se: (a) Raça; (b) Gênero; (c) Religião; (d) Social (status e classe); (e) Econômica; (f) Ideológica; (g)

Deficiências; (h) Orientação Sexual; (i) Estética (traços físicos); (j) Estatura; (l) Peso; (m) Geográfica; (n) Étnica; (o) Idade; (p) Linguístico (sotaque, fala) e, (p) Processual (antecedentes).

O Preconceito, a Discriminação e o Racismo sustentam diversas formas do que Miranda Fricker (FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. Oxford: Oxford University Press, 2007) denomina de Injustiça Epistêmica. Janaina Matida, Rachel Herdy e Marcella Mascarenhas Nardelli (“A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta”. In: **Consultor Jurídico**) desenvolvem a temática:

“Este é um conceito desenvolvido pela filósofa Miranda Fricker há mais de uma década. Na verdade, o desenvolvimento do conceito se deve às pesquisas por ela efetuadas durante seus estudos doutorais. Em 2007, Fricker publicou *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, o livro que inaugurou uma nova subárea de pesquisa na Epistemologia Social. A Epistemologia Social é uma área da filosofia contemporânea que se dedica a teorizar sobre os modos através dos quais, nos mais variados contextos da vida em sociedade, os sujeitos produzem/alcançam o conhecimento, justificam suas crenças, formulam critérios para as afirmações de verdade que fazem etc. Neste sentido, o ambiente dos tribunais é apenas um dentre os diversos contextos sociais nos quais as transações epistêmicas injustas chamam a atenção da autora.

[...]

Na linguagem da Epistemologia da Virtudes que Fricker trabalha, agentes epistemicamente virtuosos isto é, agentes efetivamente preocupados em se desviarem de transações epistemicamente injustas estariam dispostos a ouvir todos os sujeitos primeiro e, só depois, analisar as razões oferecidas, de modo a poder atribuir a credibilidade devida a cada um. **Agentes epistemicamente virtuosos não investigariam, denunciariam ou julgariam com base em apressada visão de túnel. Finalmente, agentes epistemicamente virtuosos não cairiam na perigosa armadilha cognitiva de se verem**

seduzidos pelo excesso de credibilidade que presenteiam a si mesmos, a partir da equivocada compreensão de que a experiência acumulada ao longo dos anos outorgou infalibilidade às suas percepções (o "feeling"). Ao contrário, é justamente a resistência à tentação de se orientar por um suposto feeling na determinação dos fatos que caracteriza uma atitude epistemicamente virtuosa. Significa reconhecer que a minimização de injustiças epistêmicas é componente fundamental para assegurar uma valoração racional da prova. O raciocínio que determina os fatos deve se dar a partir de argumentos probatórios racionais, e não com base em estereótipos e generalizações espúrias. [...]

Justamente para dar visibilidade aos efeitos causados pela multiplicidade de estereótipos e generalizações carentes de respaldo empírico que perversamente podem invadir o interior de um mesmo processo cognitivo, convém atentar à distribuição de credibilidade considerando todos os sujeitos envolvidos, todas as transações epistêmicas. Em resumidas linhas, quando nos fechamos à possibilidade de reconhecer a credibilidade de uma pessoa, é bem provável que estejamos, na outra ponta, conferindo credibilidade em excesso a quem, naquela situação e naquelas circunstâncias específicas, pouco ou nada contribua com informações relevantes para a determinação do que realmente ocorreu”.

Acrescente-se a abertura para os achados para outros domínios, especialmente da Psicologia Cognitiva, Economia Comportamental e Neurociências realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, na gestão do Min. LUIZ FUX, por meio da Resolução 432/2021, que inclui a temática nos concursos públicos para ingresso da magistratura a temática (Anexo V, item G, numeral 3): *“Economia comportamental. Heurística e vieses cognitivos. A percepção de Justiça. Processo cognitivo de tomada de decisão”*. A iniciativa está em consonância com o estado da arte no plano acadêmico, especialmente pelos riscos inerentes dos vieses cognitivos, não necessariamente dolosos, que incidem no processo de tomada de decisão

(KAHNEMAN, Daniel. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015; TOSCANO JR; Rosivaldo. **O Cérebro que julga**. Florianópolis: EMais, 2022; CALLEGARO, Marco Montarroyos. **O novo inconsciente**. Porto Alegre: Artmed, 2011; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. Florianópolis: EMais, 2019; NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. Salvador: JusPodivm, 2018; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018. GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio: entre acordos e ações judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2019).

De qualquer modo, todo e qualquer acusado tem o direito fundamental de ser abordado e julgado pelos atos que praticou (Direito Penal de Fato), excluída a possibilidade de que a motivação se fundamente em marcadores sociais vinculados a preconceitos, discriminações ou racismo. Todos os acusados são credores do Processo Penal de Fato e não do Processo Penal do Autor, imunizado quando à suposição imaginária do sujeito quanto à superioridade moral, ética, cognitiva, situacional ou teórica quanto aos demais membros ou grupos sociais. O esforço sincero deve se orientar pelo julgamento do fato (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de. **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay: Hacia la Justicia penal acusatoria en Brasil**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019), evitando-se a contaminação cognitiva por preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações que tornam o resultado inválido do ponto de vista democrático LOPES JR, Aury.

Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2023).

Em geral, os traços estigmatizantes somente ganham visibilidade em atitudes extremas e explícitas, enquanto a grande quantidade de práticas estigmatizantes, especificamente quanto à periferia, operam de modo silencioso e implícito, cobertas por análise elegantes e aparentemente neutras dos comportamentos, tolerantes com práticas de discriminação institucionalizada, materializadas por interpretações contaminadas de preconceitos e práticas discriminatórias de modo automático. Reproduz-se, em regra, a estrutura do senso comum, com violação, dentre outros princípios constitucionais, o da Impessoalidade.

Em sede doutrinária sublinhei:

“Por princípio da impessoalidade entende-se o comando constitucional, no sentido de que à Administração não é permitido fazer diferenciações que não se justifiquem juridicamente, pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições. Obviamente as diferenciações são naturais em todo e qualquer processo, e não seria razoável imaginar uma Administração que não fornecesse tratamento diferenciado a administrados sensivelmente diferentes. Estas diferenciações devem se submeter ao critério da razoabilidade e se justificar juridicamente, pois do contrário estar-se-ia diante de uma discriminação positiva ou negativa, que não se justifica no Estado de Direito, e mais ainda no espaço público. Corolário do princípio republicano, a impessoalidade manifesta-se como expressão de não protecionismo e de não perseguição, realizando, no âmbito da Administração Pública, o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, caput. Em razão do princípio da impessoalidade, não há relevância jurídica na posição pessoal do administrador ou servidor público, pois a vontade do Estado independe das preferências subjetivas do servidor ou da própria Administração. (MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo.

Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 986-987).

O enfrentamento de atitudes preconceituosas, discriminatórias é amplamente reafirmado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, por violação de diversos direitos fundamentais, a começar pela dignidade da pessoa humana.

Daí a importância de que a análise caso concreto se oriente por marcadores sociais, evitando-se a mera postura reprodutora do senso comum teórico dos juristas (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade.** Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15), alheia às condições concretas das zonas periféricas, reiteradamente alvo das agências de controle sem fundamento objetivo e idôneo. A Criminologia Crítica denomina de seleção secundária, em que códigos de segunda ordem orientam, em geral, a atuação das agências policiais, da intervenção do Ministério Público e da Magistratura. É o momento de acertar as contas com a injustiça epistêmica no domínio do Processo Penal brasileiro.

Estabelecidas estas premissas, retomo a análise do caso concreto. O percurso a ser realizado é o de verificar se há indicadores objetivos, tangíveis e concretos, ofertados *a posteriori*, quanto à abordagem do acusado, valorado a partir dos marcadores cognitivos da discriminação institucional, da Impessoalidade e das causas apresentadas quando da prisão.

A sentença condenatória (eDOC 4 p. 12-34) acolheu o depoimento dos policiais militares, afirmando que

“Segundo os policiais, estes indivíduos demonstraram inquietação com a presença policial” (sentença e-DOC4, p. 19), premissa consolidada pelos julgamentos posteriores (acórdão e-DOC5, p. 64-70 e REsp e-DOC 6, p. 70-74).

Consta dos depoimentos:

“O policial militar Fernando [...], ao ser ouvido em Juízo (ev. 124.1), disse que estavam em patrulhamento de madrugada, oportunidade em que visualizaram dois indivíduos em uma motocicleta. **Relatou que, ao desconfiarem da atitude dos suspeitos**, realizaram a abordagem e lograram êxito em localizar as drogas. Declarou que, salvo engano, os entorpecentes estavam dentro do bolso da jaqueta do réu. Narrou que, de acordo com o acusado, este estaria transportando os entorpecentes até uma biqueira. **Informou que o denunciado já é conhecido pelas equipes policiais, pois sempre está em um ponto conhecido pelo tráfico de drogas.** Contou que, no seu último dia de serviço, visualizou a motocicleta do acusado em frente a uma biqueira na Rua São José, no bairro Sítio Cercado, quase ao final da avenida. **Relatou que a abordagem ocorreu a cerca de 500m (quinhentos metros) de distância da biqueira.** Não se recorda o que o passageiro da moto relatou. Explicou que essa biqueira fica localizada ao lado de uma distribuidora de bebidas. Disse que, pelo que sabe, a biqueira funciona 24h. Ao ser questionado pela Defesa, respondeu que o acusado estava pilotando a motocicleta. **Afirmou que já conhece o acusado e sua motocicleta de outras abordagens.** Contou que, de acordo com o réu, este havia ido buscar as drogas com um rapaz e estava indo até a biqueira para fracionar os entorpecentes. Não sabe dizer se o denunciado é usuário de drogas. Não sabe informar onde o acusado reside. Esclareceu que o acusado não confessou que estava traficando, ele apenas disse que estava transportando a droga até a biqueira. Declarou que nada de ilícito foi encontrado com o réu nas abordagens anteriores”.

“O policial militar Fabio [...] relatou, em Juízo (ev. 124.2), que **já era tarde da noite, quando avistaram dois indivíduos em uma motocicleta vermelha.** Contou que os sujeitos ficaram inquietos com a presença policial, o que motivou a **abordagem policial.** Narrou que, em revista pessoal ao passageiro, nada de ilícito foi encontrado, porém, em revista ao

condutor, encontraram uma grande porção de “cocaína”, além de certa quantidade de “maconha”. **Informou que o acusado já é conhecido pelas equipes, pois sempre é visto nas proximidades da biqueira da Rua São José dos Pinhais, número 1944, local conhecido pelo intenso tráfico de drogas.** Contou que indagaram o réu sobre as drogas, o qual afirmou que havia buscado os entorpecentes no bairro Umbará e iria fracioná-los na biqueira. **Confirmou que o acusado já era conhecido pelas equipes policiais, mesmo que nada de ilícito tenha sido encontrado em sua posse em abordagens anteriores. Declarou que o réu estava fazendo o papel de “mula”. Afirmou que o local da abordagem é próximo a biqueira.** Falou que, após os fatos, não se recorda de ter avistado o réu novamente no ponto de tráfico. Ao ser questionado pela Defesa, respondeu que não sabe onde o acusado mora. Disse que, no dia da abordagem, não foram até a casa do denunciado. Reafirmou que, ao indagarem o réu sobre as drogas, este afirmou que havia pegado os entorpecentes no bairro Umbará e esses seriam vendidos na biqueira. Declarou que o denunciado não informou se era usuário de drogas. Ratificou que nada de ilícito foi encontrado com o passageiro da moto”.

[...]

“O réu GUILHERME [...], ao ser interrogado em Juízo (ev. 124.4), confessou a prática delitiva. Contou que estava transportando as drogas para uma biqueira na Rua São José dos Pinhais. Narrou que estava em casa, quando um menino pediu que transportasse os entorpecentes. Explicou que trabalhava com entregas, motivo pelo qual o menino pediu que levasse as drogas. Relatou que buscou as drogas no bairro Umbará e as levaria até o Sítio Cercado. Afirmou que sabia que se tratava de entorpecentes. Não sabe informar o nome do menino que solicitou o transporte. Informou que receberia R\$ 100,00 (cem reais) pelo transporte. Declarou que não sabia a quantidade de drogas que estava transportando. Alegou que não se recorda do endereço do local onde buscou as drogas, devido o grande

lapso temporal. Disse que trabalhava na distribuidora como **motoboy**. Explicou que sempre era visto pelos policiais, pois morava e trabalhava naquela região, ao lado da biqueira. Afirmou que é usuário de “maconha”. Informou que, atualmente, trabalha como motoboy, sendo que possui uma renda mensal de aproximadamente R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais). Disse que mora com sua avó. Ao ser questionado pela Defesa, respondeu que morava na mesma rua da biqueira, mas uma quadra antes. Esclareceu que trabalhava em uma distribuidora de bebidas que ficava ao lado da biqueira. Disse que quando foi preso, não estava fazendo entregas da distribuidora, pois já tinha encerrado o expediente”.

A prova acusatória se restringe ao depoimento de dois policiais que efetuaram a prisão e do carona, sem que tenham filmado a ocorrência, embora datada, não averiguaram a existência de câmeras de segurança, de fontes humanas independentes, até porque apostaram na tolerância quanto à suspeita subjetiva. Chama a atenção que não se tenha procurado estabelecer, em nenhum momento, inclusive no controle da prisão (e-DOC 2, p. 80-85), as evidências de realidade quanto à genérica e conveniente “atitude suspeita” que, conforme sublinhado, deve se basear em evidências objetivas de realidade, vedada a meramente subjetiva ou intuitiva. Por via de consequência, a abordagem não se deu em situação de flagrante delito, exigida pelo art. 301 do Código de Processo Penal, excluindo a incidência da primeira parte do art. 244 do CPP.

Restaria, portanto, a abordagem da segunda parte do art. 244 do CPP. No entanto, dos fatos estabelecidos, inexistente qualquer prova de que o acusado, no momento da abordagem, estivesse praticando conduta de tráfico, nem mesmo de que tenha sido abordado anteriormente no alegado ponto de tráfico, comprovação que poderia facilmente ter sido feita por meio de outras denúncias formalizadas quanto ao local, relatórios ou investigações policiais. A busca pessoal se realizou, segundo os relatos dos policiais, em decorrência do conhecimento privado dos agentes, isto é, do fato de ser o acusado conhecido como participante do

tráfico, mas sem evidências objetivas do contexto. A “inquietação” não é causa objetiva da busca pessoal, principalmente porque os agentes policiais confessaram a prática reiterada de abordagens subjetivas e desprovidas de suporte objetivo.

Reafirme-se que o argumento é inválido porque se trata de conhecimento privado dos agentes quanto ao acusado, sem vinculação ao contexto da prisão, inservível à configuração objetiva da fundada suspeita. O fato de conhecerem o acusado de situações antecedentes não é causa suficiente para buscas pessoais subsequentes, em contexto diverso. Do contrário, a dimensão do Direito Penal de Fato estaria afastada, legitimando-se buscas pessoais irrestritas com base nos antecedentes ou no conhecimento privado dos agentes públicos, prevalecendo o que desde há muito a Criminologia Crítica aponta como estigmatização e etiquetamento (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002; CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2014; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016; CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis/SC: Tirant lo Blanch, 2018; BIZZOTTO, Alexandre. **A mão invisível do medo: e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), a partir de estereótipos, intuições, preconceitos e discriminações incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Em consequência, verifico a ocorrência de flagrante ilegalidade no nascedouro da investigação que justifica, nos termos do art. 654, § 2, do

HC 224294 AGR / PR

CPP (Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal), o reconhecimento da manifesta ilicitude da abordagem e da “busca pessoal” (CPP, art. 244), contaminando, por consequência, a materialidade do crime.

A ilicitude da obtenção da prova é manifesta, consoante estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Min Sepúlveda Pertence, nos autos do *Habeas Corpus* 80.949/RJ:

“Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação”.

Ante o exposto, torno sem efeito a decisão agravada e **CONCEDO** a ordem para o fim de reconhecer a nulidade da busca pessoal, declarando a ilicitude das provas dela derivadas, com a conseqüente **ABSOLVIÇÃO** do paciente, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal (RISTF, art. 21).

Expeçam-se as comunicações com urgência, inclusive ao Relator no Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se. Arquive-se oportunamente.

Brasília, 28 de fevereiro de 2023.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente