



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2286380 - RJ (2023/0023375-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : FABIO CAVALCANTE GILES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ILICITUDE DAS PROVAS. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE NÃO DEMONSTRADA. MERA ATITUDE SUSPEITA PELO FATO DE O ACUSADO TER VISUALIZADO A VIATURA E SE ESCONDIDO ATRÁS DE UM POSTE. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se alega a ilicitude da busca pessoal e a quebra da cadeia de custódia, com base nos arts. 244 e 158-D do CPP.

2. O réu foi absolvido do crime de associação para o tráfico, mas condenado por tráfico de drogas. A defesa sustenta que a abordagem policial foi baseada em mera suspeita, sem fundadas razões, o que contamina as provas obtidas.

3. O Tribunal de origem considerou legítima a abordagem e a prova produzida, com base nos depoimentos dos policiais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a abordagem policial foi lícita.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A abordagem policial foi realizada sem fundadas suspeitas, baseando-se apenas na tentativa do réu de se esconder atrás de um poste, tendo sido registrado que ele não tentou fugir, o que não é suficiente para justificar a busca pessoal.

6. A posterior constatação da situação de flagrância não legitima a abordagem inicial, contaminando as provas obtidas.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE CONSIDERAR NULAS AS PROVAS OBTIDAS DESDE O FLAGRANTE E ABSOLVER O RECORRENTE.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2286380 - RJ (2023/0023375-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : FABIO CAVALCANTE GILES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ILICITUDE DAS PROVAS. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE NÃO DEMONSTRADA. MERA ATITUDE SUSPEITA PELO FATO DE O ACUSADO TER VISUALIZADO A VIATURA E SE ESCONDIDO ATRÁS DE UM POSTE. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se alega a ilicitude da busca pessoal e a quebra da cadeia de custódia, com base nos arts. 244 e 158-D do CPP.

2. O réu foi absolvido do crime de associação para o tráfico, mas condenado por tráfico de drogas. A defesa sustenta que a abordagem policial foi baseada em mera suspeita, sem fundadas razões, o que contamina as provas obtidas.

3. O Tribunal de origem considerou legítima a abordagem e a prova produzida, com base nos depoimentos dos policiais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a abordagem policial foi lícita.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A abordagem policial foi realizada sem fundadas suspeitas, baseando-se apenas na tentativa do réu de se esconder atrás de um poste, tendo sido registrado que ele não tentou fugir, o que não é suficiente para justificar a busca pessoal.

6. A posterior constatação da situação de flagrância não legitima a abordagem inicial, contaminando as provas obtidas.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE CONSIDERAR NULAS AS PROVAS OBTIDAS DESDE O FLAGRANTE E ABSOLVER O RECORRENTE.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula n. 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da Súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da Súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da Súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os arts. 244 e 158-D do CPP, sustentando a ilicitude da busca pessoal e a quebra da cadeia de custódia.

A Constituição Federal elenca como uma das garantias dos indivíduos a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF). Essa garantia, no entanto, pode sofrer restrições em determinadas hipóteses, como, por exemplo, a realização da busca pessoal (BADARÓ, Gustavo. Processo penal [livro eletrônico]. 9 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1091).

Porém, para que se respeite os direitos à intimidade e à vida privada, não se pode admitir a realização de busca pessoal sem que existam limitações às autoridades policiais, que poderão, então, realizar a medida baseadas exclusivamente na sua qualidade de representantes do Estado e em seu próprio subjetivismo.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que "[N]ão satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal/veicular], 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" (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19/4/2022, DJe 25/4/2022) - grifos acrescidos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem defendido ser necessário "(a) que a polícia indique as circunstâncias objetivas pelas quais se promove uma detenção ou busca sem ordem judicial e sempre com relação concreta com a prática de uma infração penal; (b) que tais circunstâncias devem ser prévias a todo o 'procedimento e de interpretação restritiva; (c) que devem dar-se em uma situação de urgência que impeça o requerimento de uma ordem judicial; (d) que as forças de segurança devem registrar exaustivamente nas atas do procedimento os motivos que deram origem à detenção ou à busca; (e) a não utilização de critérios discriminatórios para a realização de uma detenção" (WANDERLEY, Gisela Aguiar. Quando é fundada a suspeita? O standard probatório para a busca pessoal. In: Homenagem ao Ministro Rogério Schietti - 10 anos de STJ, Migalhas, p.399).

Por fim, cumpre ressaltar que o direito penal e o processo penal, enquanto instrumentos legais dotados de racionalidade, possuem como principal função, num Estado Democrático, a contenção do poder punitivo do Estado, pois a legitimidade deste poder está condicionada ao seu exercício controlado, à luz do arcabouço normativo (regras e princípios) de tais Diplomas. Nesse sentido, não é demais relembrar as lições de Luigi Ferrajoli, a partir de Ana Cláudia Pinho e Fernando da Silva Albuquerque:

[...] Ferrajoli demonstra que a tutela dos direitos fundamentais somente poderá ser efetivada a partir da minimização do exercício do poder, evitando-se o arbítrio (com a adoção de regras racionais de limitação e controle), e da maximização das garantias e liberdades individuais. Para tanto, propõe como critério metodológico o uso irrenunciável da razão nos sentidos epistemológico, axiológico e normativo [...]. ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos. Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir. Empório do direito, p. 38.

Esta Corte Superior, "por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (rel. Min. Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais. Conforme o referido julgado, "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" (HC n. 852.356/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023.).

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DA PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DEVIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o art. 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal poderá ser realizada, independente de mandado judicial, nas hipóteses de prisão em flagrante ou quando houver suspeita de que o agente esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

2. No caso, não houve a indicação de qualquer atitude suspeita de estar o réu na posse de material objeto de ilícito ou na prática de algum crime. Logo, é ilegal a busca pessoal realizada sem fundadas razões, e, por conseguinte, toda a prova recolhida em consequência dessa medida arbitrária.

3. Recurso não provido.

(AgRg no HC n. 884.607/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024)

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 405-410):

[...]

O réu foi absolvido do crime de associação para o tráfico e o radiotransmissor não foi considerado na condenação pelo tráfico de drogas.

A alegada nulidade da busca pessoal será esclarecida com o mérito do recurso, pela análise da prova oral.

No mérito, o recurso não merece prosperar.

[...]

A prova oral carreada aos autos - disponível no E-JUD, permitiu um juízo de certeza da culpabilidade do réu pelo crime de tráfico de drogas imputado na denúncia.

Policia Militar Renan Garcia Soares relatou como se deu a prisão do réu:

“Não conhecia o acusado. Estávamos em patrulhamento de rotina na comunidade Às de Ouro e esse elemento gerou uma suspeita ao se esconder quando estávamos próximos com a viatura. Foi feita a abordagem e na posse dele havia uma bolsa contendo um radiotransmissor e a quantidade de droga mencionada. Foi dado voz de prisão levado para delegacia. A facção ali é Terceiro Comando. Ele confirmou que era TCP, que era ali o “radinho” e estava com a carga. Com certeza está inserida no tráfico de drogas no morro. **Estávamos passando próximo, quando vimos um elemento se escondendo e voltamos a atenção para ele e fomos em direção a ele. Ele não correu, só ficou escondido. E foi feita a abordagem.** Estávamos de carro. O tempo que levou para abordar foi fração de segundo, foi bem próximo, no mesmo minuto. Não. Não tinha investigação específica dele. Sim, foi na entrada da comunidade. Nós conhecemos praticamente toda área do batalhão, sendo que nesse local nunca fez ocorrência ali, foi a primeira. Não chegava a ser dentro da comunidade, era próximo, na entrada. Ali costuma ser ponto de venda de drogas, só que como não fomos com a intenção de entrar na comunidade, foi apenas um patrulhamento de rotina e ele que nos voltou a atenção porque se escondeu.

Então nós fomos até ele.”

O Policial Militar Rodrigo Júnior da Silva confirmou o relato de seu colega de farda:

“Não conhecia o acusado antes. No dia estava seguindo patrulhamento normal de rotina quando ao ver a viatura ele tentou se esconder atrás do posto no canto da rua. Ao se aproximar dele, já escutamos o radinho que é usado na comunidade. Prosseguindo com a abordagem, foi encontrado o material com ele, que me recorde, ele aparentava não estar muito lúcido, já se entregando, falando a facção que pertencia. Foi elevado na delegacia, lá mesmo ele falou para o escrivão que era tudo dele.

Em momento nenhum ofereceu resistência e negou que era dele não. Lá não chega a ser morro, mas é comunidade. Lá é Terceiro Comando. Isso, que ele trabalhava no tráfico. Sim, foi esse sim que prendi. Acredito que não.

Vapor como é chamado. **Porque quando ele viu a viatura, ele se abaixou e tentou se esconder.** Não. É uma comunidade plana, mas é uma área que tem tráfico de drogas e em certos pontos tem barricadas, que só entra com operação ou que seja desembarcado com mais cautela. Mas não era o ponto que ele estava, não com muita frequência, mais passa a viatura. Pouquíssimo tempo mesmo, só o tempo da viatura chegar mais próximo a ele. Paramos um pouco antes, desceu só porque achou estranho. A gente não sabia se ele estava armado ou não. Quando ele se escondeu, desembarcamos e fomos na direção dele. Não estava armado. Não tive conhecimento de investigação anterior que envolvesse o acusado. Foi simplesmente pela atitude dele de tentar se esconder da viatura, só isso. Não sei precisar, ele estava abaixado entre um carro e um poste no canto da rua. As drogas estavam em uma bolsa na posse dele. Aí não sei se o rádio estava pendurado na bolsa, se estava na mão.”

Como se vê, os policiais no exercício da função de patrulhamento e nos limites autorizados pelo artigo 244, do Código de Processo Penal 4 , tiveram a atenção despertada para o réu, por ter esse tentado se

esconder ao avistar a viatura policial.

Com o réu foram encontradas drogas prontas para venda. A conduta, em tese, configura o crime de tráfico de drogas, crime permanente, o réu estava, portanto, em flagrante delito. É legítima e regular a abordagem policial, assim como lícita a prova produzida.

O réu exerceu seu direito de permanecer em silêncio – pasta 199.

A defesa não apresentou a mínima prova capaz de afastar os firmes depoimentos dos policiais que, por sua vez, vieram acompanhados de prova da materialidade dos crimes imputados ao réu. A apresentação de todo material apreendido à autoridade policial demonstra a lisura dos policiais.

Não existe razão para os depoimentos dos agentes da lei serem desconsiderados para fins de embasar a condenação, principalmente quando não se aponta de forma concreta alguma irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los.

Neste sentido, temos a Súmula nº 70 do TJRJ, que enuncia que “o fato de se restringir a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Ademais, seria de todo incoerente que os agentes da lei fossem credenciados para o serviço de repressão da criminalidade e efetuação de prisões, mas não fossem acreditados pela justiça, sendo impedidos de depor sobre os fatos. Além de inexistir qualquer razão aparente para os policiais incriminarem injustamente os acusados.

As circunstâncias da prisão, a maneira como as drogas estavam acondicionadas, prontas para venda, trazem um juízo de certeza que o réu estava traficando drogas. (grifo acrescido)

Como se vê, o Tribunal de origem consignou que, apesar de não ter empreendido fuga, o recorrente tentou se esconder ao visualizar a viatura policial, razão pela qual foi abordado e revistado.

No entanto, destaco que não foi indicado no acórdão que o réu estava praticando qualquer ato de traficância ou que segurava algum objeto que pudesse ser identificado como droga.

Nesse contexto, não é possível admitir que a posterior constatação da situação de flagrância justifique a abordagem e a busca pessoal realizadas já que amparadas em mera suspeita, o que contamina todo o conjunto probatório produzido.

Há, portanto, divergência do que vem entendendo o STJ, conforme se afere dos seguintes precedentes da Quinta e Sexta Turmas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há controvérsia quanto à possibilidade de a guarda municipal realizar a prisão em flagrante. Ocorre que o flagrante, no caso destes

autos, aconteceu depois de abordagem irregular, pois destituída de fundadas suspeitas.

2. No caso, os agentes se encontravam em serviço quando avistaram o réu, o qual caminhava "de canto em canto, em uma grade, passando alguma coisa para alguns transeuntes". Então, foi feita a abordagem pessoal, quando nada de ilícito foi encontrado e somente quando verificada a grade é que houve a apreensão de droga. Dessa forma, não há se falar que o paciente se encontrava em situação de flagrante delito.

3. Assim, constata-se que as circunstâncias que antecederam a abordagem não se enquadram nos limites estabelecidos pela interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tornam válidas as abordagens realizadas por guardas municipais.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 920.588/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 13/8/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA A ABORDAGEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Não satisfazem a exigência legal [para se realizar a busca pessoal e/ou veicular], 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" (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022).

2. No caso em tela, a abordagem foi realizada em razão do suposto comportamento suspeito da paciente (ora agravada), que tentou correr e se esconder, ao avistar os policiais, o que, conforme decidido no Recurso em Habeas Corpus n. 158.580/BA, não é suficiente para justificar a busca pessoal, que resultou na apreensão de 64g (sessenta e quatro gramas) de maconha; 2g (dois gramas) de cocaína;

e 26g (vinte e seis gramas) de crack, porquanto ausentes fundamentos concretos que indicassem que ela estaria em posse de drogas, de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 853.333/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023.)

Diante de tal cenário, é necessário reconhecer a ilicitude das provas colhidas, bem como as delas derivadas, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Fica prejudicado o pleito referente à quebra de cadeia de custódia.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial a fim de considerar nulas as provas obtidas desde o flagrante e, consequentemente, absolver o recorrente.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0023375-3

**AREsp 2.286.380 /
RJ
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 02340705620208190001 031054982020 202224701510 2340705620208190001
31054982020

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FABIO CAVALCANTE GILES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.