



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2084662 - SP (2023/0238239-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE, REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PARECER FAVORÁVEL DO MPF. BUSCA PESSOAL SEM FUNDADA SUSPEITA. PROVAS ILÍCITAS. RECURSO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve a condenação do recorrente a 4 anos e 2 meses de reclusão, e 416 dias-multa, em regime inicial fechado, por tráfico de drogas, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. A defesa alega violação do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sustentando que o recorrente preenche os requisitos para aplicação da minorante no patamar máximo, com fixação da pena no regime aberto ou, subsidiariamente, no semiaberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. De ofício, a questão em discussão consiste em saber se a busca pessoal realizada sem fundada suspeita, conforme exigido pelo art. 244 do CPP, torna ilícitas as provas obtidas e, consequentemente, se justifica a absolvição do recorrente.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A busca pessoal foi realizada sem a existência de fundada suspeita, uma vez que se baseou apenas na observação de uma motocicleta vermelha, sem qualquer atitude suspeita concreta do acusado, ora recorrente.

6. A jurisprudência do STJ estabelece que a ausência de fundada suspeita torna ilícitas as provas obtidas em decorrência

da busca pessoal, não podendo estas servir de base para condenação. Precedentes.

7. A ilicitude das provas obtidas na busca pessoal justifica, de ofício, a absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

IV. RECURSO CONHECIDO. DE OFÍCIO, CONCEDO O *WRIT* PARA 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 recurso especial e conceder habeas corpus de ofício, com ressalva de entendimento do Sr. Ministro Messod Azulay Neto, em relação aos elementos necessários à aferição da justa causa para a busca pessoal, à luz do que vem sendo decidido mais recentemente pelo STF, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto (com ressalva) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2084662 - SP (2023/0238239-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE, REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PARECER FAVORÁVEL DO MPF. BUSCA PESSOAL SEM FUNDADA SUSPEITA. PROVAS ILÍCITAS. RECURSO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve a condenação do recorrente a 4 anos e 2 meses de reclusão, e 416 dias-multa, em regime inicial fechado, por tráfico de drogas, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. A defesa alega violação do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sustentando que o recorrente preenche os requisitos para aplicação da minorante no patamar máximo, com fixação da pena no regime aberto ou, subsidiariamente, no semiaberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. De ofício, a questão em discussão consiste em saber se a busca pessoal realizada sem fundada suspeita, conforme exigido pelo art. 244 do CPP, torna ilícitas as provas obtidas e, consequentemente, se justifica a absolvição do recorrente.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A busca pessoal foi realizada sem a existência de fundada suspeita, uma vez que se baseou apenas na observação de uma motocicleta vermelha, sem qualquer atitude suspeita concreta do acusado, ora recorrente.

6. A jurisprudência do STJ estabelece que a ausência de fundada suspeita torna ilícitas as provas obtidas em decorrência

da busca pessoal, não podendo estas servir de base para condenação. Precedentes.

7. A ilicitude das provas obtidas na busca pessoal justifica, de ofício, a absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

IV. RECURSO CONHECIDO. DE OFÍCIO, CONCEDO O *WRIT* PARA ABSOLVER O RECORRENTE.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão prolatado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

O recorrente foi condenado a 4 anos e 2 meses de reclusão, e 416 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A defesa interpôs recurso de apelação, desprovido.

Nas razões do recurso especial, aponta a defesa, em suma, violação do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que "se encontram presentes os demais requisitos previstos no artigo em apreço, porquanto: (1) o crime praticado não se deu com forma violenta ou mediante grave ameaça à pessoa; (2) o recorrente não é reincidente e (3) os motivos e as circunstâncias que se deram no delito permitem essa substituição, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo as condições judiciais, como visto, absolutamente favoráveis" (e-STJ, fl. 279).

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a minorante no patamar máximo, fixando a pena no regime aberto; subsidiariamente, no semiaberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

De ofício, 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.

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).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem defendido ser necessário 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 exhaustivamente 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).

Ademais, 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 lembrar 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

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.)

Sobre o tema, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ, fls. 257-258):

*[...] Consta da denúncia que, no dia 02 de abril de 2022, por volta de 00h10, na Major Moura Matos, 1460, na cidade e comarca de Franca/SP, CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES trazia consigo, visando o comércio de terceiros ou qualquer forma de disseminação, 16 porções de "Erythroxylon coca L", popularmente conhecida como cocaína, em forma de pó, pesando **13,65 gramas (treze gramas e sessenta e cinco centigramas)**, substância esta capaz de determinar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Segundo apurado, policiais militares faziam patrulhamento ostensivo pelo local dos fatos, quando viram uma motocicleta, de cor vermelha, que trafegava pela via pública. O veículo chamou a atenção dos policiais e foi realizada abordagem, tendo sido identificado o condutor, o ora réu. Durante revista pessoal os policiais observaram um volume estranho no tênis que o réu calçava, próximo a seu tornozelo. Dentro do tênis, foi apreendida uma bexiga e em seu interior havia 16 porções de cocaína, acondicionadas em plástico transparente.

CHARLES ainda trazia consigo um aparelho celular e R\$ 47,75 em dinheiro.

Indagado, CHARLES confessou que as porções de droga apreendidas em seu poder eram destinadas ao tráfico, sendo que as entregaria a uma amiga, pelo valor R\$ 300,00.[...]

Cabe destacar, outrossim, trechos do boletim de ocorrência (e-STJ, fl. 9):

[...] No final da noite de ontem, por volta das 23h50, os policiais militares patrulhavam preventivamente as vias públicas do bairro Vila Rezende.

Durante o patrulhamento, chamou atenção da guarnição, uma motocicleta cor vermelha, que trafegava pela Ministro Rui Barbosa.

Conforme informação prestada pelos policiais militares, recentemente foram registradas ocorrências relacionadas a roubos, observando-se que os autores utilizaram motocicletas na prática de tais delitos, razão pela qual decidiu-se abordar a motocicleta HONDA TITAN cor vermelha.

A motocicleta foi abordada na rua Major Moura Matos, altura do número 1460, sendo o seu condutor identificado como CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES.

Durante a abordagem ao condutor da motocicleta, os policiais militares visualizaram um volume estranho no tênis direito que o suspeito calçava, próximo ao tornozelo.

Foi pedido àquele que descalçasse o tênis.

Charles atendeu à solicitação, retirando o tênis para averiguação.

Apurou-se que CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES tinha no interior do tênis uma pequena bexiga (balão), em cujo interior havia dezesseis porções de material constituído em pó branco, cada qual acondicionado em plástico transparente, aparentando tratar-se de cocaína.[...]

Como visto, extrai-se das transcrições acima, que "policiais militares faziam patrulhamento ostensivo pelo local dos fatos, quando viram uma motocicleta, de cor vermelha, que trafegava pela via pública. O veículo chamou a atenção dos policiais e foi realizada abordagem, tendo sido identificado o condutor, o ora réu".

Desse modo, verifica-se que a busca pessoal foi lastreada tão somente com base na motocicleta que o acusado, ora recorrente, trafegava, sendo apreendidos 13,65g de cocaína, contexto fático que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, não autoriza a medida invasiva por não configurar "fundada suspeita" exigida pela legislação processual. Veja-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS.

ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA CORTE A QUO. NÃO CONFIGURADA. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. ALEGADA LEGALIDADE DAS BUSCAS PESSOAL E VEICULAR. AUSÊNCIA DE CONTEXTO PRÉVIO DE FUNDADAS SUSPEITAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

6. A revista pessoal sem autorização judicial prévia somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar, na forma do § 2º do art. 240 e do art. 244, ambos do Código de Processo Penal.

7. A busca veicular, ressalvados os casos em que o veículo é utilizado para fins de habitação, se equipara à busca pessoal, sem exigência de mandado judicial, mostrando-se suficiente para justificar a diligência a existência de fundada suspeita de crime. Precedentes.

8. Nessa linha de entendimento, "não 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, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022).

9. Na hipótese dos autos, a Corte local reconheceu, de ofício, a nulidade das buscas pessoal e veicular realizadas e das provas derivadas, absolvendo o réu da prática do delito do artigo 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ante a carência de fundadas razões para as diligências, destacando que essas ocorreram no curso de patrulhamento de rotina, oportunidade em que os policiais militares visualizaram o ora agravado em uma motocicleta parada, com os faróis desligados, e resolveram abordá-lo, constatando, ulteriormente, que esse trazia consigo, no interior do bagageiro da moto, as porções de drogas apreendidas.

10. Na espécie, não é possível concluir, a partir do contexto fático delineado no acórdão recorrido, que o comportamento do ora agravado evidenciou, a partir de dados concretos e objetivos, a fundada suspeita autorizativa das medidas invasivas (buscas pessoal e veicular), haja vista que, como bem ponderou o Tribunal local, "os policiais militares, sem declarar nenhum pormenor a respeito de qual fora a conduta suspeita, apenas alegando que estava no veículo, com o farol apagado, [...], empreenderam busca pessoal e em seguida veicular, ocasião em que encontraram as porções de drogas e a quantia e dinheiro" (e-STJ fl. 283).

11. Ausente um contexto prévio de fundadas razões para a incursão, a mera constatação da situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo/veículo, não tem o condão de afastar a ilegalidade da atuação dos policiais. Precedentes.

12. Ademais, não evidenciada, a partir da moldura fático-probatória delineada no acórdão recorrido, a justa causa para a realização da abordagem policial, a desconstituição das conclusões alcançadas pela

Corte de origem demandaria, necessariamente, aprofundado revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ. Precedentes.

13. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.478.214/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/4/2024, DJe de 23/4/2024.)

Desse modo, de rigor o reconhecimento da flagrante ilegalidade das provas obtidas e a consequente absolvição do recorrente.

Ante o exposto, **conheço** do recurso especial e, de ofício, **concedo** o *writ* para absolver CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES, com fulcro no art. 386, VII, do CPP (Processo n. 1500110-75.2022.8.26.0608 - 3ª Vara Criminal de Franca/SP).

Se o recorrente estiver preso, deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se outro motivo justificar sua prisão.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0238239-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.084.662 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00110347020228260496 110347020228260496 15001107520228260608
20230000099486

PAUTA: 18/02/2025

JULGADO: 18/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CHARLES WILLIAN DA CRUZ ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 recurso especial e concedeu habeas corpus de ofício, com ressalva de entendimento do Sr. Ministro Messod Azulay Neto, em relação aos elementos necessários à aferição da justa causa para a busca pessoal, à luz do que vem sendo decidido mais recentemente pelo STF, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto (com ressalva) votaram com a Sra. Ministra Relatora.