



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 861364 - SP (2023/0374582-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : ANDRE DE CARVALHO
ADVOGADO : ANDRÉ DE CARVALHO - SP405740
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUAN ALVES TIBURCIO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. FUGA DOS POLICIAIS. MINORANTE. APLICAÇÃO DEVIDA. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, com pena aumentada em apelação. Defesa alega ilicitude da prova obtida em busca pessoal sem fundada suspeita e pleiteia absolvição ou aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste na validade da busca pessoal realizada sem fundada suspeita e na possibilidade de aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal foi considerada válida, pois a abordagem ocorreu após fuga do paciente ao avistar a polícia, configurando fundada suspeita, não havendo falar-se em ilegalidade.

4. A questão em discussão consiste na possibilidade de aplicação do redutor do tráfico privilegiado, considerando as condições judiciais favoráveis, a primariedade do réu e a quantidade de droga apreendida (26,33 gramas de *crack*).

III. Razões de decidir

5. A sentença considerou que, apesar de registro anterior de ato infracional análogo ao tráfico, não há evidências de reincidência em atividade criminosa nos últimos três anos.

6. As circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade não excessiva de drogas justificam a aplicação do redutor e a manutenção do regime prisional fixado, além da substituição das penas.

IV. Ordem de *habeas corpus* concedida. Restabelecimento, *in*

totum, da sentença (Processo n. 1500482-10.2021.8.26.0236 -
Vara Criminal de Ibitinga/SP).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 861364 - SP (2023/0374582-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : ANDRE DE CARVALHO
ADVOGADO : ANDRÉ DE CARVALHO - SP405740
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUAN ALVES TIBURCIO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. FUGA DOS POLICIAIS. MINORANTE. APLICAÇÃO DEVIDA. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, com pena aumentada em apelação. Defesa alega ilicitude da prova obtida em busca pessoal sem fundada suspeita e pleiteia absolvição ou aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste na validade da busca pessoal realizada sem fundada suspeita e na possibilidade de aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

III. Razões de decidir

3. A busca pessoal foi considerada válida, pois a abordagem ocorreu após fuga do paciente ao avistar a polícia, configurando fundada suspeita, não havendo falar-se em ilegalidade.

4. A questão em discussão consiste na possibilidade de aplicação do redutor do tráfico privilegiado, considerando as condições judiciais favoráveis, a primariedade do réu e a quantidade de droga apreendida (26,33 gramas de *crack*).

III. Razões de decidir

5. A sentença considerou que, apesar de registro anterior de ato infracional análogo ao tráfico, não há evidências de reincidência em atividade criminosa nos últimos três anos.

6. As circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade não excessiva de drogas justificam a aplicação do redutor e a manutenção do regime prisional fixado, além da substituição das penas.

IV. Ordem de *habeas corpus* concedida. Restabelecimento, *in*

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 74-75 (e-STJ):

[...] Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de KAUAN ALVES TIBURCIO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1500482-10.2021.8.26.0236).

O paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. A pena foi "substituída por 10 dias multa e por uma restritiva de direito: limitação de fim de semana".

A apelação interposta pelo Ministério Público foi provida para "aumentar a pena de KAUAN a 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, e fixar regime fechado para expiação, mantendo-se, no mais, a r. sentença guerreada".

A defesa alega: a) "a abordagem do paciente se deu por total tirocínio policial, já que das próprias palavras deles, sequer o paciente estava em 'atividade suspeita', senão carregando em suas mãos trocas de roupas"; b) "não havia motivo fundamental para a abordagem do paciente, senão a vontade pré-constituída do policial de abordá-lo por vê-lo em posse de trocas de roupas que supostamente teriam sido utilizadas em um crime em data anterior"; c) "os policiais militares não avistaram qualquer tipo de droga ou arma de fogo, ou qualquer tipo de objeto produto de crime, que justificasse a abordagem do mesmo em via pública"; d) "deve o paciente ser absolvido em razão da ilegalidade da prova produzida no ato da sua prisão em flagrante, por puro tirocínio policial que não é capaz de embasar e justificar abordagens de rotina para fins de prevenção do cometimento de crimes, incompatíveis com a legislação pátria"; e) "caso não seja entendimento de Vossas Excelências em absolver o paciente de todas as acusações, esta defesa ainda entende que é o caso da aplicação da redutora do tráfico privilegiado"; f) "se acaso seja mantida a condenação pelo crime do tráfico de drogas (art. 33), deve ainda incidir ao paciente a causa de diminuição de pena estampada no art. 33, §4º, da lei de drogas, em grau máximo, assim como restou fixado na sentença de primeiro grau pelo r. magistrado a quó"; e g) "paciente é primário e ostenta bons antecedentes, além de não integrar organização criminosa bem como não restar demonstrado que ele é envolvido no crime, sendo que a fundamentação indicada no acórdão não é suficiente e não merece prosperar".

Requer, liminar para a "manutenção do direito de aguardar o julgamento em liberdade" e definitivamente, deferimento da ordem para: a) "ser o paciente absolvido do crime a ele imputados e condenado diante a ilegalidade das provas produzidas no ato da prisão que originaram sua condenação, além do fato de inexistirem provas suficientes para o decreto condenatório dele nos crimes de tráfico de drogas"; ou b) ser "deferida e aplicada ao paciente ao final o redutor do

tráfego privilegiado, fixando-se o regime aberto e substituindo a pena por restritiva de direitos".[...]

A liminar foi indeferida, as informações foram prestadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela concessão da ordem para aplicar o regime semiaberto.

É o relatório.

VOTO

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 só [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. Rogério 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.)

No caso, a Corte de origem tratou das questões aqui trazidas com base nos seguintes argumentos (e-STJ, fls. 65-69):

*[...] Narra a denúncia que policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram KAUAN, que trazia em suas mãos algumas peças de roupas. **Ocorre que, ao avistar a viatura policial ele dispensou essas roupas na via pública e se evadiu, o que causou surpresa nos milicianos.***

Foi seguido pelos policiais e logo em seguida foi abordado. Submetido a busca pessoal, em seu poder foram encontradas e apreendidas 13 (treze) porções de crack, embaladas e prontas para a venda, além de outras 02 (duas) porções maiores, que seriam fracionadas.

Registra a peça matriz, ainda, que KAUAN trazia consigo uma balança pequena de precisão, 93 (noventa e três) embalagens plásticas, comumente utilizadas para embalar drogas e mais 43 (quarenta e três) eppendorfs vazios, também utilizados para acondicionamento de cocaína.

Diante das circunstâncias da abordagem, a quantidade, a forma de embalo das drogas, a balança de precisão e a confissão informal do denunciado, não restou dúvida de que as substâncias entorpecentes se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]

Na primeira fase, a pena sofreu ligeiro acréscimo, com esteio nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/2006.

Na segunda, retornou ao mínimo legal, diante da menoridade relativa.

Na terceira, não pode subsistir a causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, benefício destinado apenas a casos excepcionais, ao agente primário que ostenta bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas e não integra organização criminosa.

[...]

KAUAN não demonstrou ganhos lícitos que lhe permitissem a sobrevivência. Ao contrário, em solo policial foi qualificado como “desempregado” e afirmou ser “autônomo”, sem comprovação nos autos.

Afora isso, foi surpreendido em “local já conhecido como ponto de venda”, na posse, inclusive, de balança de precisão.

Ora, todos sabem que para que se possa praticar qualquer das condutas previstas na cabeça do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 não é suficiente a mera predisposição do agente para tanto. Não se consegue droga em grande quantidade, no atacado, em qualquer lugar.

Também, não se pode efetuar a venda de entorpecentes em qualquer lugar, a menos que sob a autorização da organização criminosa que controla a atividade na região em que se pretende exercer o comércio

ilícito.

Caso contrário, o aventureiro sofrerá represálias.

A confirmar a dedicação do réu à atividades ilícitas, há registro de ato infracional por ato equiparado ao tráfico.

É verdade que processo perante o Juízo da Infância e Juventude não caracteriza maus antecedentes, mas pode caracterizar a dedicação do réu às atividades criminosas desde longa data e afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

[...]

Portanto, diante das peculiaridades do caso em apreço, restou demonstrada a “dedicação à atividade criminosa”, o que exige seja afastada a incidência da causa de diminuição de pena, que permanece em 05 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

O quantum de pena não permite a substituição por brandas alternativas.

Diante da quantidade e das circunstâncias concretas da empreitada criminosa (tráfico de porções de “crack” e cocaína), atividade espúria exercida em conhecido ponto de vendas de drogas, outro não pode ser o regime prisional senão o fechado.[...]

A análise realizada encontra-se em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da validade da diligência.

No presente feito, aduziu-se que a abordagem se deu em razão de fuga do paciente ao avistar a polícia.

Nessas hipóteses, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA.

I - Não se conhece de habeas corpus substitutivo de revisão criminal.

II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício. Precedentes.

III - No presente caso, as instâncias ordinárias assentaram que os policiais militares faziam patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, quando avistaram o agravante, já conhecido no meio policial pelo envolvimento com o tráfico, o qual acelerou o passo, com vistas a empreender fuga, tendo sido apreendidos na revista pessoal 14 (quatorze) pinos de cocaína, não havendo que se falar em ausência de fundada suspeita para a busca pessoal. Precedentes.

IV - No presente caso, a Corte de origem concluiu pela impossibilidade

de desclassificação da conduta do paciente para aquela prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 com fulcro nos depoimentos dos policiais e na quantidade e na forma de acondicionamento dos entorpecentes, a ensejar a conclusão pelo dolo da mercancia, tudo em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

V - O rito do habeas corpus não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em desconstituição das conclusões bem exaradas pelo Tribunal local.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 913.025/SP, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/08/2024, Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2024.)

Quanto ao redutor do tráfico privilegiado, a análise dos autos indica que o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 baseou-se na existência de indícios que denotam dedicação à atividade criminosa, além de "registro de ato infracional por ato equiparado ao tráfico".

No entanto, conforme externado na sentença, "embora tenhamos notícia de que Kauan já foi condenado como incurso no ato infracional análogo ao tráfico (fl. 30 – processo 0002247- 95), o que friamente seria elemento hábil a afastar a minorante, observo que os eventos apurados naquele processo infracional datam de 2018; ou seja, passados cerca de três anos, não há notícias de que o agente se envolveu em outro ato infracional/crime de tráfico de drogas, tirante o que aqui se apura" (e-STJ, fl. 60).

Logo, diante das circunstâncias judiciais favoráveis e primariedade do réu, ora paciente, bem como da não excessiva quantidade de drogas encontradas em seu poder – "13 (treze) pedras de *crack* que pesaram 2,94g; uma porção de *crack* , pesando 4,24g; uma porção de *crack*, pesando 19,15g e um *eppendorf* contendo cocaína" (e-STJ, fl. 44) –, a dosimetria aplicada na sentença deve ser restabelecida, inclusive quanto ao regime prisional fixado e substituição das penas.

Pelo exposto, concedo o *habeas corpus* a KAUAN ALVES TIBURCIO para restabelecer, *in totum*, a sentença de fls. 58-62 (e-STJ) - Processo n. 1500482-10.2021.8.26.0236, Vara Criminal de Ibitinga/SP.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0374582-0

HC 861.364 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15004821020218260236

EM MESA

JULGADO: 12/11/2024

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

IMPETRANTE : ANDRE DE CARVALHO
ADVOGADO : ANDRÉ DE CARVALHO - SP405740
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAUAN ALVES TIBURCIO
INTERES. : 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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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