



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 867620 - SP (2023/0405244-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : BRUNO BARROS MENDES
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, alegando uso de prova ilícita decorrente de busca e apreensão sem mandado judicial e questionando a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível o *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, e se há flagrante ilegalidade na prova decorrente de busca e apreensão sem mandado judicial e na não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

III. Razões de decidir

3. O *habeas corpus* não é admitido como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. Para a realização de busca pessoal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida, objetos, papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

5. No caso, a fundada suspeita restou evidenciada, pois a busca pessoal foi antecedida por patrulhamento pela rua, local em que

tem ocorrido reiterados furtos de motocicleta. Chegando no cruzamento, os agentes avistaram o acusado empurrando uma motocicleta, o qual, ao notar a aproximação da viatura policial, demonstrou nervosismo, o que motivou sua abordagem. Durante a revista pessoal, os policiais perceberam que o acusado estava escondendo algo na cintura, solicitando que retirasse. Todavia, ao invés de atender tal pedido, o réu resistiu e empurrou o policial militar, conseguindo fugir e arremessar o pacote que estava em seu poder. Ato contínuo, o réu foi perseguido e contido. Assim, houve a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, inexistindo qualquer violação na abordagem realizada pela polícia, pois a medida foi exercida nos limites da atuação policial ostensiva e preventiva.

6. Quanto ao tráfico privilegiado, o entendimento proferido pelas instâncias ordinárias está em dissonância com o entendimento desta Corte, pois, à luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

IV. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder parcialmente 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, 17 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0405244-4

HC 867.620 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15019469820228260603 23538462022

EM MESA

JULGADO: 15/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO BARROS MENDES
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO (PRESO)
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 parcialmente 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 867620 - SP (2023/0405244-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : BRUNO BARROS MENDES
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

I. Caso em exame

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de condenado por tráfico de drogas, alegando uso de prova ilícita decorrente de busca e apreensão sem mandado judicial e questionando a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível o *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, e se há flagrante ilegalidade na prova decorrente de busca e apreensão sem mandado judicial e na não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

III. Razões de decidir

3. O *habeas corpus* não é admitido como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. Para a realização de busca pessoal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida, objetos, papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

5. No caso, a fundada suspeita restou evidenciada, pois a busca pessoal foi antecedida por patrulhamento pela rua, local em que

tem ocorrido reiterados furtos de motocicleta. Chegando no cruzamento, os agentes avistaram o acusado empurrando uma motocicleta, o qual, ao notar a aproximação da viatura policial, demonstrou nervosismo, o que motivou sua abordagem. Durante a revista pessoal, os policiais perceberam que o acusado estava escondendo algo na cintura, solicitando que retirasse. Todavia, ao invés de atender tal pedido, o réu resistiu e empurrou o policial militar, conseguindo fugir e arremessar o pacote que estava em seu poder. Ato contínuo, o réu foi perseguido e contido. Assim, houve a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, inexistindo qualquer violação na abordagem realizada pela polícia, pois a medida foi exercida nos limites da atuação policial ostensiva e preventiva.

6. Quanto ao tráfico privilegiado, o entendimento proferido pelas instâncias ordinárias está em dissonância com o entendimento desta Corte, pois, à luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

IV. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em concurso material com o art. 329, *caput*, do Código Penal, às reprimendas de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 2 meses de detenção, no regime inicial aberto, e 500 dias-multa.

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação à Corte de origem, que negou provimento ao apelo, por meio de acórdão assim ementado (e-STJ fls. 31-45):

Apelação. Artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em concurso material com o artigo 329, caput, do Código Penal. Matéria preliminar suscitando a ilicitude das provas, por ilegalidade da busca pessoal. Rejeição. Pretensão de absolvição por insuficiência de provas em relação ao crime de tráfico de drogas, e por ausência de provas da existência do fato, quanto ao crime de resistência, ou desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei de Drogas. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação do réu nos moldes em que proferida. Pedidos subsidiários buscando o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a

fixação de regime prisional mais brando. Impossibilidade. Penas e regimes prisionais bem fixados e que não comportam alteração. Preliminar rejeitada e recurso defensivo não provido.

A defesa alega, em síntese, a ilegalidade da busca pessoal realizada pelos agentes policiais e a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a absolvição ou a redução da pena aplicada.

É o relatório.

VOTO

Para a realização de busca pessoal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida, objetos, papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Nesse sentido, o art. 244 do Código de Processo Penal - CPP dispõe que "a busca pessoal independe 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".

Acerca da nulidade afirmada pela defesa e da dosimetria, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 34-35):

"Com efeito, não há que se falar em nulidade decorrente de suposta ilicitude da busca pessoal realizada sem fundada suspeita, uma vez que a conduta dos policiais encontra respaldo no disposto no artigo 244 do Código de Processo Penal, que dispõe: "A busca pessoal independe 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". No caso, entorpecentes estão, por óbvio, inseridos nestas hipóteses. Ademais, de acordo com a prova colhida, o contexto fático autorizava a abordagem policial, sendo evidente que os agentes da lei agiram no estrito cumprimento do dever legal, como, aliás, bem destacou a digna Magistrada sentenciante, a saber: "[...] cabe salientar que, segundo os autos, os PMs realizavam rotineiro patrulhamento pela rua Marcílio Dias, local em que tem ocorrido reiterados furtos de motocicleta. Chegando no cruzamento com a rua Afonso Celso, avistaram o acusado empurrando uma motocicleta, o qual, ao notar a aproximação da viatura policial, demonstrou nervosismo, o que motivou sua abordagem. Durante a revista pessoal, os policiais perceberam que o acusado estava escondendo algo na cintura, solicitando que retirasse. Todavia, ao invés de atender tal pedido, o réu resistiu e empurrou o

policia militar Walison, conseguindo fugir e arremessar o pacote que estava em seu poder. Ato contínuo, o réu foi perseguido e contido. Os policiais constatam que no interior do pacote arremessado pelo acusado tinha 45 pinos de cocaína. Diante de tal contexto, é certo que havia motivação para os policiais abordarem o acusado. É de se consignar que não se pode exigir prova plena do ilícito anteriormente à abordagem bastam os indícios e justa causa, posto que se assim não fosse a diligência policial se mostraria totalmente desnecessária.”

[...]

Lado outro, ao contrário do que pretende a digna Defesa, não há espaço para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, que, como cediço, tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aquele que está inserido em atividade criminosa, e faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do apelante Vitor Hugo. De fato, como bem consignado pela ilustre Magistrada sentenciante: “... o réu ostenta condenação em 1ª instância e responde a outro processo, ambos pela prática do crime de tráfico de drogas, o que demonstra que ele se dedica ao comércio espúrio, não fazendo jus à referida causa de diminuição de pena. O C. STJ já se pronunciou nesse sentido: “(...) é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (...)” (EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, D Je 01/02/2017)” (fls. 206).”

A análise realizada pelo Tribunal de origem encontra-se em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da validade da diligência. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. VERIFICAÇÃO PELA CORTE LOCAL, NOS ESTREITOS LIMITES DA VIA ELEITA, DA FUNDADA SUSPEITA EXIGIDA PELO ART. 244 DO CPP. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, CUJA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA SEQUER TEVE INÍCIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrada - de plano e sem necessidade de dilação probatória - a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

2. Conforme disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, exige-se para a busca pessoal a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

3. Somado a isso, nas palavras do Ministro GILMAR MENDES, "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir

de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública" (RHC n. 229.514/PE, julgado em 28/8/2023).

4. Na hipótese, constata-se, ao menos na estreita via do habeas corpus, que as circunstâncias prévias à abordagem policial justificavam a fundada suspeita de que o paciente estaria na posse de elementos de corpo de delito, situação que se confirmou no decorrer da diligência policial, sendo encontrado no interior de uma pochete que estava com o paciente uma pistola calibre .380, municiada com 10 projéteis intactos, dois carregadores e duas porções de drogas ilícitas: uma de crack e outra de cocaína.

5. Qualquer incursão que escape à moldura fática apresentada na origem demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos limites do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Portanto, não há falar em trancamento prematuro do exercício da ação penal, podendo a questão ser melhor analisada durante a instrução processual, que, segundo consta dos autos, sequer teve início.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 935.745/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 26/9/2024.)

No caso, a fundada suspeita restou evidenciada, pois a busca pessoal foi antecedida por patrulhamento pela rua Marcílio Dias, local em que tem ocorrido reiterados furtos de motocicleta. Chegando no cruzamento com a rua Afonso Celso, avistaram o acusado empurrando uma motocicleta, o qual, ao notar a aproximação da viatura policial, demonstrou nervosismo, o que motivou sua abordagem. Durante a revista pessoal, os policiais perceberam que o acusado estava escondendo algo na cintura, solicitando que retirasse. Todavia, ao invés de atender tal pedido, o réu resistiu e empurrou o policial militar, conseguindo fugir e arremessar o pacote que estava em seu poder. Ato contínuo, o réu foi perseguido e contido.

Assim, houve a colheita prévia dos mencionados elementos, que evidenciaram fundadas suspeitas da prática delitiva, inexistindo qualquer violação na abordagem realizada pela polícia, pois a medida foi exercida nos limites da atuação policial ostensiva e preventiva.

Para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Quanto ao tráfico privilegiado, o parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às

atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as circunstâncias da apreensão das drogas ou da prisão em flagrante, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal, revisitando entendimento anteriormente firmado, fixou a tese de que a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. O referido entendimento foi confirmado em sede de recurso repetitivo, na análise do REsp 1.977.027/PR, tendo sido fixado o tema 1139, que traz a seguinte tese jurídica: *É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.*

No caso, o entendimento proferido pelas instâncias ordinárias está em dissonância com o entendimento desta Corte, pois, à luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Igualmente, a quantidade de entorpecentes somente pode ser considerada para o afastamento do tráfico privilegiado se houver a indicação de elementos concretos adicionais. Inadmitido, portanto, conjecturas e suposições acerca da dedicação ou integração com organização criminosa.

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), ante a pequena quantidade de drogas apreendidas (20 gramas de cocaína).

Considerando a primariedade e o *quantum* de pena estabelecido, o

paciente faz jus ao regime aberto para início de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para estabelecer a sanção do crime de tráfico de entorpecentes em 1 ano e 8 meses reclusão, e 188 dias-multa, bem como fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena e determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo Juízo *a quo*, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.