



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 873632 - SP (2023/0434214-3)

RELATOR : MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
AGRAVANTE : JOSE EMERSON DE JESUS ABALDA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GLADIUS ALEXANDRE POSTINICOFF CAGLIA - DEFENSOR
PÚBLICO - SP306481
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DESCRIÇÃO CONCRETA E PRECISA, PAUTADA EM ELEMENTO OBJETIVO. LICITUDE DA PROVA OBTIDA. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO), COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que se verifica objetivamente que a circunstância do caso concreto denota anormalidade ensejadora da busca pessoal. Há de se destacar que o Agravante fora visto contando dinheiro em local conhecido pela prática da mercancia ilícita, tendo empreendido fuga ao avistar os policiais militares.

2. "[N]ão se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que, obviamente, conduziram à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso" (AgRg no HC n. 784.256/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/04/2023, DJe de 27/04/2023).

3. Embora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, tenha reafirmado o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial, ressaltou-se a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

4. No caso, a expressiva quantidade de entorpecentes atribuídos ao Agravante justifica a redução da pena à razão de 1/6 (um sexto), cabendo observar que a pena-base não foi exasperada na primeira fase sob o mesmo fundamento, de modo que não há falar em *bis in idem*.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 04 de março de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 873632 - SP (2023/0434214-3)

RELATOR : MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS
AGRAVANTE : JOSE EMERSON DE JESUS ABALDA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GLADIUS ALEXANDRE POSTINICOFF CAGLIA - DEFENSOR
PÚBLICO - SP306481
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DESCRIÇÃO CONCRETA E PRECISA, PAUTADA EM ELEMENTO OBJETIVO. LICITUDE DA PROVA OBTIDA. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO), COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que se verifica objetivamente que a circunstância do caso concreto denota anormalidade ensejadora da busca pessoal. Há de se destacar que o Agravante fora visto contando dinheiro em local conhecido pela prática da mercancia ilícita, tendo empreendido fuga ao avistar os policiais militares.

2. "[N]ão se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que, obviamente, conduziram à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso" (AgRg no HC n. 784.256/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/04/2023, DJe de 27/04/2023).

3. Embora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, tenha reafirmado o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial, ressaltou-se a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

4. No caso, a expressiva quantidade de entorpecentes atribuídos ao Agravante justifica a redução da pena à razão de 1/6 (um sexto), cabendo observar que a pena-base não foi exasperada na primeira fase sob o mesmo fundamento, de modo que não há falar em *bis in idem*.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por JOSE EMERSON DE JESUS ABALDA contra a decisão por mim proferida às fls. 257-266, ementada nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DESCRIÇÃO CONCRETA E PRECISA, PAUTADA EM ELEMENTO OBJETIVO. LICITUDE DA PROVA OBTIDA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO PERMITE AFASTAR O REDUTOR ESPECIAL. REDUÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA."

Consta que o Agravante foi condenado, em primeiro grau, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em razão da apreensão de *"183 porções de cocaína, com peso líquido de 42,00g (quarenta e dois gramas); 42 porções de maconha, consistentes em 154,1g (cento e cinquenta e quatro gramas e um decigrama); uma porção em forma de 'tijolo de maconha', com peso líquido de 2,6kg (dois quilogramas e seiscientos gramas) e 07 porções de crack, equivalentes a 2,9g (dois gramas e nove decigramas)"* (fl. 166).

Posteriormente, a revisão criminal foi liminarmente indeferida pelo Desembargador Relator do pedido no Tribunal de origem, em decisão mantida no julgamento do respectivo agravo interno.

No writ impetrado nesta Corte, a Defensoria Pública sustentou, em síntese, a ilicitude das provas obtidas mediante busca pessoal alegadamente realizada sem fundadas suspeitas, bem como a possibilidade de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Requeru, no mérito, *"[fosse] conhecido o presente Habeas Corpus, de modo a reformar a decisão impugnada, seja para anular as provas dos autos ou, subsidiariamente, para afastar a ilegalidade contida na dosimetria"* (fl. 10).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 252-255).

Às fls. 257-266, concedi em parte a ordem de *habeas corpus* a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração mínima de 1/6 (um sexto), reduzindo as penas do Sentenciado para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Nesta insurgência, a Defesa reitera a tese de ilicitude das provas.

Aduz, no mais, que o redutor do tráfico privilegiado deve incidir em sua fração máxima de 2/3 (dois terços).

Busca *"seja reconsiderada a r. decisão monocrática de fls. 257/266, ou provido o presente Agravo Regimental e, conseqüentemente, concedida a ordem em sua integralidade"* (fl.

É o relatório.

VOTO

O inconformismo não merece prosperar.

Segundo o disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, "*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*".

Em julgamento sobre o tema, ao apreciar o RHC n. 158.580/BA, de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (DJe 25/04/2022), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, interpretando o referido dispositivo legal, alguns critérios para a realização de tal medida.

Conforme assentado no julgado, em termos de *standard* probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, exige-se a existência de **fundada suspeita** (justa causa) - baseada em um **juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto** - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

Concluiu-se, ainda, que não satisfazem a exigência legal, por si sós, **meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições/impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, 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**.

Nesse caso paradigmático, vale ainda mencionar que a causa versava sobre uma guarnição policial que se "*deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita*" e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante. Logo, **como não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no então Acusado, além da vaga menção a uma suposta "atitude suspeita"**, algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme premissas interpretativas já estabelecidas, houve a declaração de nulidade da busca pessoal.

Ora, a vaga menção a uma suposta "atitude suspeita" não permite que a ação policial possa ser contrastada e questionada pelas partes, nem permite que sua validade possa ser controlada *a posteriori* pelo Poder Judiciário, dado que se trata apenas de aspecto subjetivo, intangível e não demonstrável. Confira-se:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE ' ATITUDE SUSPEITA'. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à 'posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito'. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. 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.

3. Não satisfazem a exigência legal, 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.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento 'fundada suspeita de posse de corpo de delito' seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal - vulgarmente conhecida como 'dura', 'geral', 'revista', 'enquadro' ou 'baculejo' -, além da intuição baseada no tirocínio policial:

a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;

b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;

c) evitar a repetição - ainda que nem sempre consciente - de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

7. *Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar irritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.*

8. *'Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra'. Mais do que isso, 'os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção' (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156).*

9. *A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros 'tribunais de rua' - cotidianamente constroem os famigerados 'elementos suspeitos' com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.*

10. *Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ('ADPF das Favelas', finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso - em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP - reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que 'o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos'.*

11. *Mesmo que se considere que todos os flagrantes decorrem de busca pessoal - o que por certo não é verdade -, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%; isto é, de cada 100 pessoas revistadas pelas polícias brasileiras, apenas uma é autuada por alguma ilegalidade. É oportuno lembrar, nesse sentido, que, em Nova Iorque, o percentual de 'eficiência' das stop and frisks era de 12%, isto é, 12 vezes a porcentagem de acerto da polícia brasileira, e, mesmo assim, foi considerado baixo e inconstitucional em 2013, no julgamento da class action Floyd, et al. v. City of New York, et al. pela juíza federal Shira Scheindlin.*

12. *Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da 'porta de entrada' no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a pretexto de combater a criminalidade, encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público - a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição*

Federal) e o papel de custos iuris -, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

13. Nessa direção, o Manual do Conselho Nacional de Justiça para Tomada de Decisão na Audiência de Custódia orienta a que: 'Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, conseqüentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal'.

14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

15. Na espécie, a guarnição policial 'deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita' e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta 'atitude suspeita', algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo." (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022.)

Na hipótese, a Corte local, ao afastar a preliminar de nulidade do flagrante, considerou o seguinte (fls. 19-21; sem grifos no original):

"Como visto no decisum atacado, inviável aceder à argumentação defensiva sobre suposta ausência de fundada suspeita a justificar a busca pessoal.

Consta que o acusado foi visto contando dinheiro na via pública, em local conhecido pela prática do tráfico de drogas. Muito embora o ato não seja, por evidente, ilícito, pode ser considerado suspeito. Afinal, sendo comum que a mercancia de narcóticos ocorra na via pública, decorre que seus praticantes manejem dinheiro vivo nesses locais. E há ainda mais: consta na r. sentença que, ao notar a aproximação dos militares, ele empreendeu fuga, demonstrando, ainda mais, atitude típica da prática de flagrante delito.

Em casos similares, tal atitude já foi validada como suficiente para sustentar a fundada suspeita, a exemplo dos preclaros precedentes desta c. Corte:

[...]

E a suspeita provou-se certa, eis que apreendido relevante volume de tóxicos: 183 porções de cocaína, 42 porções de maconha, uma porção em forma de 'tijolo' de maconha, 7 porções de crack, e mais 6 invólucros plásticos contendo meio 'tijolo' de maconha. Trata-se de volume absolutamente incompatível com qualquer atividade, que não o narcotráfico."

Consoante destaquei na decisão impugnada, verifica-se objetivamente que a circunstância do caso concreto denota anormalidade ensejadora da busca pessoal. Há de se destacar que o Apenado fora visto contando dinheiro em local conhecido pela prática da mercancia ilícita, tendo empreendido fuga ao avistar os policiais militares.

A abrupta tentativa de se esquivar da guarnição evidencia a fundada suspeita de que

o agente ocultava consigo arma ou objetos ilícitos, na forma do art. 240, § 2.º, do Código de Processo Penal. Tal circunstância fática torna legítima a busca pessoal, tendo em vista que estão presentes os requisitos da sindicabilidade e da referibilidade, em especial pela postura de evasão.

Nesse sentido, inclusive, cito os seguintes precedentes da Sexta Turma, nos quais se entendeu, em situação similar, que estaria configurada a justa causa para a busca pessoal: HC 834.943/RS, relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado em 10/10/2023; HC 782742/SC, relatora p/ o acórdão Ministra LAURITA VAZ, julgado em 12/09/2023; HC 815.998/RS, relator p/ o acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 12/09/2023; e AgRg no HC n. 846.939/SP, relator p/ o acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 10/10/2023.

Em conclusão, sublinho que o caso paradigmático da Sexta Turma busca evitar o uso excessivo da busca pessoal, garantir a sindicabilidade da abordagem e evitar a repetição de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade; premissas atendidas na espécie.

Com efeito, "[n]ão se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que, obviamente, conduziram à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso" (AgRg no HC n. 784.256/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/04/2023, DJe de 27/04/2023).

Quanto à tese remanescente, destaco que, embora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, tenha reafirmado o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que **a quantidade e a natureza da droga apreendida** não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial, **ressalvou-se a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006**, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

Confira-se a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC

180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).

8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147

quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).

9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, DJe 1º/06/2022, sem grifos no original.)

Nesse panorama, **reitero** que a quantidade de entorpecentes apreendidos (**2,7kg de maconha; 42g de cocaína; e 2,9g de crack**) justifica a redução da pena à razão de 1/6 (um sexto), cabendo observar que a pena-base não foi exasperada na primeira fase sob o mesmo fundamento, de modo que não há falar em *bis in idem*.

Ilustrativamente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. BUSCA DOMICILIAR. VALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES SOPESADA NA TERCEIRA ETAPA. MINORANTE APLICADA EM MENOR EXTENSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no exame do RE n. 603.616 (Tema 280/STF), reconhecido como de repercussão geral, assentou 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'.

2. No caso em exame, os policiais militares estavam em patrulhamento de rotina quando se depararam com um veículo Ford/ka, indicado em denúncias anteriores como responsável por fazer transporte de entorpecentes na região, razão pela qual, após breve acompanhamento, realizaram a abordagem do veículo, no qual estavam o ora agravante e um adolescente. Em revista veicular, os policiais encontraram 4 tijolos de maconha (aproximadamente 3kg) e dirigiram-se à residência do réu, 'onde a esposa dele autorizou a entrada, sendo localizados duas armas de fogo.' Logo, são válidas as provas colhidas mediante o ingresso autorizado dos policiais no domicílio do agente.

3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 será aplicado na fração 1/6, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, qual seja, cerca de 3 kg de maconha, de acordo com o art. 42 da referida lei.

5. Agravo não provido." (AgRg no HC n. 780.625/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/04/2023, DJe de 20/04/2023; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA JUSTIFICA A MODULAÇÃO DA BENESSE. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO PELA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A mais recente orientação da Terceira Seção desta Casa é de que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminoso.

2. Na presente hipótese, embora seja possível a aplicação do redutor, deve-se considerar o fato de ter sido apreendido com o réu '9,358kg (nove quilos e trezentos e cinquenta e oito gramas) de maconha' - (e-STJ fl. 128). Como tal vetorial não foi considerada quando da fixação da pena-base, justifica a modulação da causa especial de diminuição e a incidência do grau mínimo de redução.

[...]

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 712.460/SP, relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; sem grifos no original.)

Portanto, como o Agravante não acrescentou nenhum argumento capaz de infirmar as razões consideradas no *decisum* impugnado quanto à questão suscitada, a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 873.632 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0434214-3

Número de Origem:

00145684120188260050 00286595320228260000 145684120188260050 286595320228260000

Sessão Virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro TEODORO SILVA SANTOS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GLADIUS ALEXANDRE POSTINICOFF CAGLIA - DEFENSOR PÚBLICO - SP306481
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE EMERSON DE JESUS ABALDA (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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSE EMERSON DE JESUS ABALDA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GLADIUS ALEXANDRE POSTINICOFF CAGLIA - DEFENSOR PÚBLICO - SP306481
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/02/2024 a 04/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 05 de março de 2024