



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 878116 - RJ (2023/0456599-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : AGNALDO NUNES ALVES (PRESO)
PACIENTE : ITALO SANTANA LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. ILICITUDE DA PROVA NÃO CARACTERIZADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. ORDEM DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que manteve a condenação dos recorrentes pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, nos termos dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006. A defesa alegou a ilicitude da busca pessoal, que teria viciado toda a prova produzida, e pleiteou a absolvição pelo crime de associação, sob o argumento de ausência de estabilidade e permanência no vínculo associativo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a busca pessoal realizada nos recorrentes foi ilegal, devido à ausência de fundada suspeita, acarretando a nulidade da prova; e (ii) avaliar se há provas suficientes para a condenação pelo crime de associação para o tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A busca pessoal sem mandado judicial é autorizada pelo art. 244 do Código de Processo Penal, desde que haja fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de armas, drogas ou outros objetos que constituam corpo de delito.

4. A jurisprudência desta Corte Superior estabelece que a fundada suspeita deve ser baseada em elementos concretos e objetivos que justifiquem a invasão da privacidade do indivíduo (AgRg no HC n. 621.586/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

5. No caso concreto, a fundada suspeita foi configurada pelo comportamento do recorrente Ítalo, que tentou fugir ao avistar a viatura policial, em um local notoriamente dominado pelo tráfico de drogas, e pela posse de um colete balístico por Agnaldo, circunstâncias que legitimaram a abordagem e a busca pessoal.
6. Quanto ao crime de associação para o tráfico, as instâncias ordinárias concluíram pela estabilidade e permanência do vínculo associativo entre os recorrentes, com base em depoimentos dos policiais, quantidade de drogas apreendidas e uso de equipamento de comunicação pelo recorrente Ítalo, corroborando a condenação.
7. O reexame de provas é vedado na via estreita do habeas corpus, razão pela qual não é possível acolher a tese defensiva de ausência de vínculo associativo estável e permanente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, denegar a ordem.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 878116 - RJ (2023/0456599-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : AGNALDO NUNES ALVES (PRESO)
PACIENTE : ITALO SANTANA LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. ILICITUDE DA PROVA NÃO CARACTERIZADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. ORDEM DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que manteve a condenação dos recorrentes pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, nos termos dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006. A defesa alegou a ilicitude da busca pessoal, que teria viciado toda a prova produzida, e pleiteou a absolvição pelo crime de associação, sob o argumento de ausência de estabilidade e permanência no vínculo associativo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a busca pessoal realizada nos recorrentes foi ilegal, devido à ausência de fundada suspeita, acarretando a nulidade da prova; e (ii) avaliar se há provas suficientes para a condenação pelo crime de associação para o tráfico.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A busca pessoal sem mandado judicial é autorizada pelo art. 244 do Código de Processo Penal, desde que haja fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de armas, drogas ou outros objetos que constituam corpo de delito.

4. A jurisprudência desta Corte Superior estabelece que a fundada suspeita deve ser baseada em elementos concretos e objetivos que justifiquem a invasão da privacidade do indivíduo (AgRg no HC n. 621.586/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

5. No caso concreto, a fundada suspeita foi configurada pelo comportamento do recorrente Ítalo, que tentou fugir ao avistar a viatura policial, em um local notoriamente dominado pelo tráfico de drogas, e pela posse de um colete balístico por Agnaldo, circunstâncias que legitimaram a abordagem e a busca pessoal.

6. Quanto ao crime de associação para o tráfico, as instâncias ordinárias concluíram pela estabilidade e permanência do vínculo associativo entre os recorrentes, com base em depoimentos dos policiais, quantidade de drogas apreendidas e uso de equipamento de comunicação pelo recorrente Ítalo, corroborando a condenação.

7. O reexame de provas é vedado na via estreita do habeas corpus, razão pela qual não é possível acolher a tese defensiva de ausência de vínculo associativo estável e permanente.

IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

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. 150-154 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar, impetrado em favor de AGNALDO NUNES ALVES e ÍTALO SANTANA LOPES, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Apelação Criminal 0195242-20.2022.8.19.0001).

O paciente AGNALDO NUNES ALVES foi condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 816 dias-multa, pela prática do crime previsto no 35 c/c art. 40, IV da Lei 11.343/2006.

O paciente ÍTALO SANTANA LOPES foi condenado à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 1316 dias-multa, pela prática do crime previsto no 33, caput, c/c art. 35, IV da Lei 11.343/2006.

Imputou-se a seguinte conduta na denúncia (e-STJ fl. 44-45):

No dia 19 de julho de 2022, por volta de 09h40min, na Avenida Santo Antônio, Beira Rio, nesta Comarca, os denunciados, conscientes e voluntariamente, traziam consigo para fins de tráfico, em perfeita comunhão de ações e desígnios entre si, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 7.061g (sete mil e sessenta e um gramas) de MACONHA, distribuída em 2.006 (duas mil e seis) embalagens, exibindo os inscritos "BEIRA RIO GD A FORTE C. V. 20

GESTÃO", "BEIRA RIO GD A FORTE C. V. 10 GESTÃO INTELIGENTE" e "BEIRA RIO GD A FORTE C. V. 05 GESTÃO INTELIGENTE"; 152g (cento e cinquenta e dois gramas) de COCAÍNA, distribuída em 81 (oitenta e uma embalagens, exibindo os inscritos "BEIRA RIO CPX ENG. PEDREIRA PÓ 10 C. V", "BEIRA RIO CPX ENG. PEDREIRA PÓ 15 C. V" e "BEIRA RIO CPX ENG. PEDREIRA CAPA PRETA PÓ 30 C. V", e 45g (quarenta e cinco gramas) de CRACK distribuído por 113 (cento e treze) embalagens, exibindo os inscritos: "BEIRA RIO CPX ENG. PEDREIRA CRACK 10 C. V" e "BEIRA RIO CPX ENG. PEDREIRA CRACK 20 C. V", entorpecentes capazes de determinar dependência física ou psíquica, de acordo com o laudo de exame definitivo de entorpecente de fls. 24/27.

Com o denunciado ÍTALO foi apreendido, ainda, 01 (um) rádio comunicador, e com o denunciado AGNALDO foi encontrada 01 (uma) Pistola calibre 9mm 01 (um) colete balístico, conforme Auto de Apreensão de fl. 08.

O recurso interposto pela defesa foi desprovido por meio de acórdão assim ementado (e-STJ fl. 92-97):

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUTE 35, C/C 40, IV, TODOS DA LEI Nº 11.343/2006 N/F ART. 69 DO CP). RECURSO DA DEFESA QUE ALMEJA, PRELIMINARMENTE, O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. NO MÉRITO, BUSCA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO, POR NÃO HAVER PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA DE ÍTALO. QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06, SUSTENTA NÃO ESTAREM PRESENTES OS REQUISITOS DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 35 PARA AQUELA PREVISTA NO ARTIGO 37, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, REDUÇÃO DAS PENAS-BASE, REDUÇÃO DAS PENAS NA SEGUNDA FASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ARTIGO 33 §4º DA LEI Nº 11.343/06, A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA E A SUBSTITUIÇÃO DA PPL POR PRD. Emerge dos autos que policiais militares estavam em patrulhamento para repressão ao tráfico de drogas quando ao adentrarem a Avenida Santo Antônio, Beira Rio, avistaram o recorrente ÍTALO com um rádio comunicador, ligado na frequência de outros integrantes do tráfico, além de material entorpecente, e o recorrente AGNALDO na posse de 01 (uma) pistola calibre 9mm 01 (um) colete balístico. Além disso, os policiais confirmaram que o mais material entorpecente estava escondido em uma construção abandonada em frente ao local em que os apelantes foram abordados, conforme auto de apreensão à fl. 08. É de se ressaltar que a matéria trazida como preliminar diz respeito à validade de prova, sendo, portanto, questão de mérito e com este deve ser apreciada. Descabida a alegação de ilicitude da busca pessoal, o que teria, na visão da defesa, contaminado toda a prova. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que "a

permissão para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiância devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo" (AgRg no HC n. 621.586/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 29/9/2021) (grifo nosso). In casu, a abordagem e a busca pessoal não foram infundadas. Ao que se depreende da prova produzida, policiais que estavam em patrulhamento em uma comunidade notoriamente dominada pelo tráfico de drogas afirmaram categoricamente que o apelante Ítalo tentou empreender fuga ao avistar a viatura, mas foi rapidamente abordado pelos policiais, enquanto o recorrente Agnaldo estava próximo, dormindo em um sofá ao lado de uma pistola e um colete balístico. Tais circunstâncias constituem fundada suspeita a autorizar a abordagem policial, confirmada pelo encontro das drogas na posse direta dos recorrentes. A materialidade delitiva vem estampada pelo auto de apreensão de fls. 08/09; laudos de exame em entorpecentes às fls. 19/20 e 24/27; laudo de exame de descrição de material (rádio comunicador) às fls. 152/153 e 276/277; laudo de exame em arma de fogo e munições às fls. 268/271; laudo de exame de colete às fls. 273/274. O tipo penal previsto no caput, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, é crime de natureza múltipla (multinuclear), de sorte que a prática de qualquer uma das condutas descritas no preceito primário da norma caracteriza o tráfico de drogas, dispensando presenciar atos explícitos da mercancia. A presença da droga arrecadada em poder do recorrente Ítalo, tudo na conformidade dos respectivos autos de apreensão e laudos periciais, aliado, ainda, às circunstâncias da prisão em flagrante e aos depoimentos firmes e coerentes das testemunhas policiais, tornam evidente a prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, não havendo falar-se, portanto, em ausência de dolo ou conjunto probatório anêmico. De se registrar estarmos diante de uma condenação estruturada, que se baseou na pluralidade de elementos colhidos aos autos, caderno de provas robusto, coerente e diversificado, consubstanciado, inclusive, por autos de apreensão e laudos técnicos periciais e depoimentos dos agentes da lei. Nessa toada, devemos afastar qualquer demérito ou descrédito à palavra dos policiais da ocorrência, apenas por força da sua condição funcional. A jurisprudência já é mansa e pacífica a respeito. Na mesma esteira, a Súmula 70, deste E. TJERJ. Em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 alega defesa que não há prova da estabilidade e permanência do vínculo associativo. Contudo, após detida análise do caderno de provas, constatam-se presentes elementos empíricos que, conjugados com aqueles colhidos no curso da instrução, demonstram a indisfarçável prática do delito do art. 35, da Lei nº 11.343/06: 1) é fato notório, que independe de prova, a existência de facções criminosas dedicadas ao narcotráfico instaladas em diversas comunidades do Estado do Rio de Janeiro; 2) segundo o relato dos agentes da lei, cujas palavras merecem credibilidade a teor do que dispõe o verbete nº 70, da súmula deste Sodalício, o local onde os apelantes se encontravam é dominado pela facção criminosa autodenominada Comando Vermelho; 3) foi encontrada grande quantidade e variedade de drogas com eles; 4) os apelantes

admitiram informalmente que estavam trabalhando para o tráfico. 5) O recorrente Ítalo, além das drogas, mantinha consigo aparelho rádio comunicador, comumente utilizado para se comunicar com os demais integrantes da associação delitiva; 6) O apelante Ítalo foi preso após tentar fugir da polícia, se deslocando do local onde se encontrava e capturado em seguida; 7) O apelante Agnaldo foi preso com um colete balístico, o que revela a predisposição de proteção do local de comércio de drogas; 8) O apelante Ítalo foi quem apontou a localização de Agnaldo revelando a associação entre eles. Diante de tais elementos, não há como concluir de outro modo, senão por caracterizada a estabilidade e permanência do vínculo associativo dos apelantes entre si e com integrantes do tráfico na localidade em que foram presos. No que tange ao pleito de desclassificação para o art. 37, da Lei de Drogas, da mesma sorte, não tem amparo no caso em comento. Para tipificar o crime do art. 37, a Lei de Drogas exige que a colaboração seja feita como “informante”, condição que LUIZ FLÁVIO GOMES, ALICE BIANCHINI, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, definem como “pessoa que transmite conhecimento obtido por meio de investigação” (in “Lei de Drogas Comentada”, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2008, pág. 213). VICENTE GRECO FILHO observa que informante poderá, inclusive, ser condenado em continuidade delitiva “desde que não se caracterize a participação no próprio tráfico” ou na associação para o tráfico (“TÓXICOS: PREVENÇÃO - REPRESSÃO”, Ed. Saraiva, 14ª edição, 2011, pág. 218). Logo, parece claro que a atividade de “olheiro”, “fogueteiro” ou “radinho” não se encaixa na definição de informante ditada pela doutrina. Sabemos da existência de diversas funções nas associações para fins de traficância, tais como gerente, passador, olheiro, radinho, fogueteiro, mula, etc. Todos devem ser considerados coautores do delito do art. 33 ou art. 35, da referida Lei, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. Em verdade, ao adotar a teoria pluralista ou pluralística no tipo penal do art. 37, o intuito do legislador não foi o de alcançar o referido “radinho”, “olheiro” ou “fogueteiro”, pois estes são coautores do crime do art. 33 ou 35. Assim, o escopo legal é atingir aqueles que, normalmente, não integram as funções hierárquicas da associação criminosa, mas que colaboram com informações que são consideradas estratégicas para o exercício da traficância. Tais, por exemplo, aquelas pessoas que informam de futuras incursões policiais nas localidades do tráfico, ou prestam informações sobre blitzes a serem realizadas para interceptar a entrega de drogas, etc. Jamais poderia tal dispositivo ser utilizado para aplicação àqueles que integram a associação criminosa ou a coautoria do delito de tráfico. Portanto, embora haja prova de que os apelantes estavam de posse de um radiotransmissor, objeto comumente utilizado pelos integrantes do tráfico para anunciar a chegada e o deslocamento de policiais na localidade e, com isso, garantir o êxito do comércio ilegal de drogas, o certo é que essa conduta não se enquadra no tipo do art. 37, da Lei nº 11.343/06. Nesse passo, e não havendo qualquer dúvida quanto à existência e à autoria da conduta imputada ao apelante, mostra-se também incabível o pleito desclassificatório, restando correto o juízo de censura nas iras do art. 35 da Lei 11.343/2006. De outro turno, verifica-se que não houve a produção de qualquer contraprova relevante, a cargo da Defesa (CPP, art. 156), tendente a melhor aclarar os fatos, tampouco para favorecer a situação dos recorrentes, ciente de que “meras alegações, desprovidas de base empírica,

nada significam juridicamente e não se prestam a produzir certeza" (STJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., ROMS 10873/MS). Nessa linha de raciocínio, falece a pretendida absolvição quando a mera alegação de ausência de provas das condutas já caracterizadas inicialmente, previstas nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, em relação ao recorrente Ítalo, e no artigo 35 da Lei de drogas em relação ao recorrente Agnaldo, ou, ainda, de desclassificação do crime previsto no artigo 35 para o tipo penal descrito no artigo 37 da Lei 11343/06, em relação ambos. O crime deve ser considerado como praticado com o emprego da arma de fogo (art. 40, inciso IV, da LD), em relação ao apelante Agnaldo, o qual, conforme relato dos agentes da lei, foi encontrado ao lado da pistola municada. Não se acolhe, ainda, o pleito de aplicação do redutor previsto no artigo 33 § 4º da Lei nº 11.343/06 para o crime de tráfico, pela incompatibilidade com a condenação no crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11343/06, justificadamente em função da dedicação dos apelantes a atividades criminosas, ficando configurada circunstâncias impeditivas do benefício. Passa-se a análise da dosimetria da pena. -Recorrente Agnaldo: em relação ao crime de associação para o tráfico, na 1ª fase, o sentenciante corretamente, distanciou a pena-base do mínimo legal ao integrar a fundamentação do exaspero promovido a associação do recorrente à facção criminosa Comando Vermelho, não havendo que se falar em bis in idem. Na 2ª fase de dosimetria, o reconhecimento da atenuante de menoridade, impões a redução da pena, que deve se ater aos limites mínimos legais, a teor da súmula 231 do STJ. O regime semiaberto é o adequado e suficiente a garantir os objetivos da pena, tendo em vista o quantum de pena imposto, nos termos do artigo 33 §2º, "b", do Código Penal e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao recorrente, nos termos do artigo 32 §3º do Código Penal. Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não estar presente o requisito estabelecido no artigo 44, inciso III do CP. Inviável a aplicação do sursis em função da elevada pena imposta. -Recorrente Ítalo: em relação ao crime de associação para o tráfico, na 1ª fase, o sentenciante corretamente, distanciou a pena-base do mínimo legal ao integrar a fundamentação do exaspero promovido a associação do recorrente à facção criminosa Comando Vermelho, não havendo que se falar em bis in idem. Mantida a sanção nas demais fases. Em relação ao crime de tráfico a sanção foi imposta nos mínimos legais, não havendo reparo a ser realizado. O regime fechado é o adequado e suficiente a garantir os objetivos da pena, tendo em vista o quantum de pena imposto, nos termos do artigo 33 §2º, "a", do Código Penal. Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos por não estarem presentes os requisitos previstos no artigo 44, incisos I e III do Código Penal. Incabível a aplicação do sursis nos termos da decisão de 1º Grau em função da elevada pena imposta. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

A defesa alega, em síntese: a) "os artigos 240, § 2º e 244, do Código de Processo Penal foram flagrantemente violados" (e-STJ fl. 14); b) "a busca pessoal adveio de um patrulhamento de rotina, sendo certo que, nas palavras de um dos próprios condutores do flagrante, que ao avistarem um dos pacientes o mesmo teria demonstrado nervosismo" (e-STJ fl. 15); c) "é forçoso reconhecer que a violação das regras e condições legais para busca pessoal a que foram submetidos os

pacientes resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade" (e-STJ fl. 16); d) "depois da abordagem policial aos pacientes, sem que lhe advertissem do seu direito ao silêncio, todas as declarações/informações prestadas por ele padecem de nulidade, assim como todas as demais provas encontradas decorrentes dessas declarações encontram-se também contaminadas pela nulidade inicial" (e-STJ fl. 21); e) "não merece prosperar o acórdão alvejado, também por falta de prova de existência de elementar do tipo penal previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, ou seja, ausência de prova concreta quanto à estabilidade e permanência" (e-STJ fl. 33); f) "o paciente Ítalo é primário e possui bons antecedentes" (e-STJ fl. 36); g) "sendo o paciente Ítalo absolvido da imputação do crime do crime de associação previsto no artigo 35, da Lei 11.343/2006 e com a aplicação do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, fará jus o paciente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme previsto no artigo 44 do Código Penal" (e-STJ fl. 99); h) "tendo em vista que a pena final do crime de associação supostamente praticado pelo paciente Agnaldo restou assentada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses, também fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme previsto no artigo 44 do Código Penal" (e-STJ fl. 39); e j) "Cabível, ainda, a readequação do regime inicial de cumprimento de pena para ambos os Pacientes, tendo em vista que a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11343/06, estabelecida na fração máxima de 2/3 (dois terços) para o Paciente Ítalo, reduziria o período de privação de liberdade imposto ao ora Paciente a um patamar que permitiria a fixação do REGIME ABERTO, o mesmo ocorrendo com o paciente Agnaldo, que teve sua pena fixada aquietada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses, tudo conforme estabelece o artigo 33, § 2º, 'c', do Código Penal" (e-STJ fl. 40).

Requer, liminar e definitivamente, o deferimento da ordem para reconhecer a nulidade do processo, diante da realização da busca pessoal; absolver o paciente Ítalo do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343, que lhe foi imputado na denúncia; absolver ambos os pacientes em relação ao delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas; e, subsidiariamente, com a absolvição do delito associativo, conceder a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei de Drogas para o paciente Ítalo, na fração máxima, bem como a substituição da pena privativa por restritivas de direitos e a adequação do regime prisional para ambos os pacientes

É o relatório.

Porém, A defesa alega, em síntese, o emprego de meio de prova ilícito e ausência de provas acerca do delito de associação para o tráfico.

Requer a concessão da ordem para obter a declaração de nulidade da prova impugnada ou afastar a condenação quanto ao crime do art. 35 da Lei 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado e adequação do regime prisional.

O Ministério Público federal manifestou-se pela denegação da ordem.

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 sós [para a realização de busca pessoal/veicular], **meras informações de fonte não identificada** (e. g. denúncias anônimas) **ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial**. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP" (RHC n. 158.580/BA, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19/4/2022, DJe 25/4/2022) - grifos acrescidos.

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

Por fim, cumpre ressaltar que o direito penal e o processo penal,

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

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

Esta Corte Superior, "por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (rel. Min. Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais. Conforme o referido julgado, "o art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata" (HC n. 852.356/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023.).

Nesse sentido:

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

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

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

3. Recurso não provido.

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

No caso, a Corte de origem tratou da temática da busca pessoal com base nos seguintes argumentos:

Descabida a alegação de ilicitude da busca pessoal, o que teria, na visão da defesa, contaminado toda a prova. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que "a permissão para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiância devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo" (AgRg no HC n. 621.586/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 29/9/2021) (grifo nosso).

*In casu, a abordagem e a busca pessoal não foram infundadas. Ao que se depreende da prova produzida, os policiais que estavam em patrulhamento em uma comunidade notoriamente dominada pelo tráfico de drogas, afirmaram categoricamente que **o apelante ítalo tentou empreender fuga ao avistar a viatura, mas foi rapidamente abordado pelos agentes, enquanto o recorrente Agnaldo estava próximo, dormindo em um sofá ao lado de uma pistola e um colete balístico. Tais circunstâncias constituem fundada suspeita a autorizar a abordagem policial, confirmada com o encontro das drogas na posse direta dos recorrentes.***

Nessas hipóteses, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se posiciona no mesmo sentido em situações similares, "verbis":

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 913025 / SP, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/08/2024, Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2024)

A verificação da divergência do quadro fático aduzido como pressuposto ao firmamento da tese da origem demanda inviável dilação probatória em sede de "habeas corpus".

Quanto ao pedido de absolvição pelo delito do art. 35 da Lei de drogas, consta do acórdão a seguinte fundamentação:

Em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 alega defesa que não há prova da estabilidade e permanência do vínculo associativo.

Contudo, após detida análise do caderno de provas, constatam-se presentes elementos empíricos que, conjugados com aqueles colhidos no curso da instrução, demonstram a indistigável prática do delito do art. 35, da Lei nº 11.343/06: 1) é fato notório, que independe de prova, a existência de facções criminosas dedicadas ao narcotráfico instaladas em diversas comunidades do Estado do Rio de Janeiro; 2) segundo o relato dos agentes da lei, cujas palavras merecem credibilidade a teor do que dispõe o verbete nº 70, da súmula deste Sodalício, o local onde os apelantes se encontravam é dominado pela facção criminosa autodenominada Comando Vermelho; 3) foi encontrada grande quantidade e variedade de drogas com eles; 4) os apelantes admitiram informalmente que estavam trabalhando para o tráfico. 5) O recorrente Ítalo, além das drogas, mantinha consigo aparelho rádio comunicador, comumente utilizado para se comunicar com os demais integrantes da associação delitiva; 6) O apelante Ítalo foi preso após tentar fugir da polícia, se deslocando do local onde se encontrava e capturado em seguida; 7) O apelante Agnaldo foi preso com um colete balístico, o que revela a predisposição de proteção do local de comércio de drogas; 8) O apelante Ítalo foi quem apontou a localização de Agnaldo revelando a associação entre eles.

Diante de tais elementos, não há como concluir de outro modo, senão por caracterizada a estabilidade e permanência do vínculo associativo

dos apelantes com integrantes do tráfico na localidade em que foram presos.

Constatada pelas instâncias ordinárias a atividade criminosa em associação, bem como a comprovação da estabilidade e permanência, a modificação desse entendimento exigiria, no caso, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via do habeas corpus. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NO RITO ELEITO. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. TRÁFICO PRIVILEGIADO INCOMPATÍVEL COM ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE DE PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO DA PENA EM 2/3. FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/2 QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos apurados nos autos, concluiu que estava configurado o delito de associação para o tráfico de drogas, com estabilidade e permanência entre o paciente e os corréus, e a modificação desse entendimento demanda o exame aprofundado de provas, o que é vedado na estreita via do habeas corpus.

2. Diante da manutenção da condenação pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Isso porque a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da minorante, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito.

[...]

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 873.748/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 26/6/2024.)

Por fim, certo é que "A condenação pelo crime de associação para o tráfico, por si só, já tem o condão de inviabilizar a aplicação do redutor previsto no art.

33, § 4º, da Lei Antidrogas, pois essa circunstância impede que o agente preencha os requisitos legais para a aplicação da minorante". (AgRg no HC 338.964/MG, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 6/6/2016).

Pelo exposto, **denego** a ordem de habeas corpus pleiteada.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0456599-1

HC 878.116 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01952422020228190001 063016492022 1952422020228190001 63016492022

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : AGNALDO NUNES ALVES (PRESO)
PACIENTE : ITALO SANTANA LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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.