



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 933493 - SP (2024/0284627-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
EMBARGANTE : LUCAS MISDALANI DE ARAUJO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO - SP274029
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Embargos de declaração opostos pelo recorrente, sob a alegação de omissão na decisão que não teria se manifestado sobre a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, com base no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, após a reprimenda ser reduzida a patamar inferior a 4 anos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma questão em discussão: (i) determinar se houve omissão na decisão quanto à possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Os embargos de declaração são recebidos como agravo regimental, nos termos do artigo 1.024, § 3º, do CPC, uma vez que o recurso evidencia mero inconformismo com o resultado do julgamento anterior.

4. O agravo regimental é tempestivo e atende aos requisitos formais, razão pela qual é conhecido.

5. Não se verifica omissão na decisão embargada, pois todos os pedidos da parte foram devidamente analisados, e as razões da decisão foram expostas de forma fundamentada.

6. A questão do oferecimento de acordo de não persecução penal não foi apreciada pois não houve pedido da parte nesse

sentido, não configurando, portanto, omissão processual.

IV. DISPOSITIVO

7. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA, por unanimidade, negar provimento ao recurso, 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, 29 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 933493 - SP (2024/0284627-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
EMBARGANTE : LUCAS MISDALANI DE ARAUJO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO - SP274029
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Embargos de declaração opostos pelo recorrente, sob a alegação de omissão na decisão que não teria se manifestado sobre a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, com base no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, após a reprimenda ser reduzida a patamar inferior a 4 anos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma questão em discussão: (i) determinar se houve omissão na decisão quanto à possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Os embargos de declaração são recebidos como agravo regimental, nos termos do artigo 1.024, § 3º, do CPC, uma vez que o recurso evidencia mero inconformismo com o resultado do julgamento anterior.

4. O agravo regimental é tempestivo e atende aos requisitos formais, razão pela qual é conhecido.

5. Não se verifica omissão na decisão embargada, pois todos os pedidos da parte foram devidamente analisados, e as razões da decisão foram expostas de forma fundamentada.

6. A questão do oferecimento de acordo de não persecução penal não foi apreciada pois não houve pedido da parte nesse

sentido, não configurando, portanto, omissão processual.

IV. DISPOSITIVO

7. Recurso desprovido.

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 último relatório contido nos autos (e-STJ, fls.218/228):

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de LUCAS MISDALANI DE ARAUJO, contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 185).

"Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Sentença condenatória. Preliminares afastadas. Pretensão à absolvição ou à desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Impossibilidade. Materialidade autoria comprovadas. Credibilidade do relato dos policiais. Depoimentos em harmonia como conjunto probatório. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Reconhecida a minorante do §4º do artigo 33, da Lei de Drogas. Regime semiaberto fixado. Recurso não provido"

O paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e o pagamento 416 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (fl. 212).

A defesa alega, em síntese: a) A ocorrência de constrangimento ilegal, em razão da nulidade do flagrante em razão da busca pessoal sem fundadas suspeitas, baseada apenas em um comportamento suspeito ao avistar a viatura policial; b) Ressalta que a prova que a busca pessoal efetuada no paciente ocorreu em desobediência ao artigo 244, do Código de Processo Penal. Com efeito, os policiais narraram que o teriam abordado porque apresentou comportamento suspeito ao avistar a viatura policial. Todavia, não visualizaram atos típicos de traficância por parte do paciente (fl. 5); c) Assevera que foi absolutamente ilegal o acesso que tiveram os policiais militares ao aparelho celular do paciente. A foto de identificação do acusado no aplicativo WhatsApp foi modificada pelo brasão da Polícia Militar. Também ficou provado que foi enviada mensagem por este aplicativo, quando o réu estava detido (fl. 7); d) Aduz que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, foi afastada no seu patamar máximo com base em fundamentos inidôneo; e) Aduz, ainda, que na hipótese específica dos autos, entendeu-se que a quantidade de drogas apreendidas com o paciente é elevada, a ponto de justificar mínima diminuição referente ao tráfico privilegiado.

Ao final, requer a concessão da ordem para suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento final do presente habeas corpus. No mérito, que seja reconhecida a ilicitude das provas coligidas nos autos, anulando o processo de origem e absolvendo o paciente, por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP. Subsidiariamente, que seja reconhecida e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, com o respectivo ajuste da dosimetria e abrandamento do regime prisional para o aberto, como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O recorrente sustenta ser a decisão omissa, na medida em que não teria se manifestado sobre a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal.

Aduz que *"Tendo a reprimenda sido rebaixada a patamar inferior a 4 anos, uma vez que aplicada no máximo legal a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em consonância com entendimento deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, admite-se a possibilidade de acordo de não persecução penal em benefício do embargante"* (e-STJ 237/241).

Requer acolhimento dos embargos declaratórios com efeitos infringentes para que seja sanado o vício apontado e determinada a remessa do feito à origem para a análise acerca da possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal.

A parte embargante requer a supressão de vícios processuais, para que, assim, ocorra a reforma da decisão embargada.

É o relatório.

VOTO

Nos termos do artigo 1.024, § 3º, do CPC, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, pois o pedido formulado traduz mero inconformismo com o resultado do julgamento.

Passo à análise do recurso interno.

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 218/228):

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso

próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

"A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do habeas corpus quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem de ofício (HC nº 535.063/SP)".

(AgRg no HC n. 741.874/SP, sob a minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024)."

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023)."

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

De saída, conforme 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.

É tema de profundos debates a definição de "fundada suspeita". Sobre a matéria, esta Corte, nos últimos anos, tem revigorado a força normativa do art. 244 do Código de Processo Penal, estabelecendo um diálogo entre o dispositivo e as garantias constitucionais dos acusados/investigados.

Exemplo disso é o HC 877943 / MS, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual foram listados os seguintes critérios:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL.

ART. 244 DO CPP. FUGA DO RÉU AO AVISTAR A GUARNIÇÃO POLICIAL. FUNDADA SUSPEITA QUANTO À POSSE DE CORPO DE DELITO. CONFIGURAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS LÍCITAS. ORDEM DENEGADA.

1. 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".

2. Por ocasião do julgamento do RHC n. 158.580/BA (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T, DJe 25/4/2022), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais e apresentou como conclusões, no que interessa: 2.1. "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" [...]. 2.2. "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".

3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Fernandez Prieto e Tumbeiro v. Argentina, ao tratar sobre a validade de buscas pessoais, assentou que, "ante a ausência de elementos objetivos, a classificação de determinada conduta ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, obedece às convicções pessoais dos agentes intervenientes e as práticas dos próprios corpos de segurança, o que comporta um grau de arbitrariedade que é incompatível com o art. 7.3 da CADH". Em 11/4/2024, o Plenário do Supremo Tribunal Federal encampou essa compreensão quanto à necessidade de elementos objetivos para a busca, ao firmar a tese, no HC n. 208.240/SP, de que "A busca pessoal, independente de mandado judicial, deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele, ou aparência física".

4. Não se desconsidera, por certo, que os agentes de segurança, em virtude da experiência adquirida durante anos no trabalho nas ruas, talvez possam ter uma certa "intuição" sobre algumas situações, da mesma forma que um magistrado com anos de carreira, em certos casos, eventualmente "sinta" quando algum réu ou testemunha está mentindo em um depoimento. Entretanto, do mesmo modo que o juiz não pode fundamentar uma decisão afirmando apenas ter "sentido" que o acusado ou testemunha mentiu em seu depoimento, também não se pode admitir que o policial adote medidas restritivas de direitos fundamentais com base somente na sua intuição ou impressão subjetiva.

5. Não é possível argumentar que uma busca (fato anterior) é válida porque o réu foi preso (fato posterior) e, ao mesmo tempo, dizer que a prisão (fato posterior) é válida porque a busca (fato anterior) encontrou drogas. Se havia fundada suspeita de posse de corpo de delito, a ação policial é legal, mesmo que o indivíduo seja inocente; se não havia, a ação é ilegal, ainda que o indivíduo seja culpado.

6. O cerne da controvérsia em debate é saber se a conduta de fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial preenche ou não o requisito de fundada suspeita de corpo de delito para uma busca pessoal em via pública, nos termos do art. 244 do CPP.
7. Não se ignora, naturalmente, que esta Corte vem rechaçando a validade de buscas domiciliares realizadas com base apenas no fato de o suspeito haver corrido para dentro de casa ao avistar uma guarnição policial. Também não se desconhece a recente decisão proferida sobre o tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 169.788/SP. É importante notar, porém, que, ao contrário do que noticiaram alguns veículos de informação, embora a ordem de habeas corpus não haja sido concedida pela Suprema Corte, não houve maioria no colegiado para estabelecer a tese de que a fuga do suspeito para o interior da residência ao avistar a polícia justifica, por si só, o ingresso domiciliar. Assim, por imperativo de coerência, é necessário esclarecer o motivo pelo qual essa atitude, embora não justifique uma busca domiciliar sem mandado, pode justificar uma busca pessoal em via pública. Para isso, é preciso invocar a noção de standards probatórios, os quais devem seguir uma tendência progressiva, de acordo com a gravidade da medida a ser adotada.
8. Enquanto a proteção contra buscas pessoais arbitrárias está no Código de Processo Penal (art. 244) e decorre apenas indiretamente das proteções constitucionais à privacidade, à intimidade e à liberdade, a inviolabilidade do domicílio está prevista expressamente em diversos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos e na Constituição Federal, em inciso próprio do art. 5º, como cláusula pétrea, além de a afronta a essa garantia ser criminalizada nos arts. 22 da Lei n. 13.869/2019 e 150 do Código Penal. É bem verdade que buscas pessoais são invasivas e que algumas delas eventualmente podem ser quase tão constrangedoras quanto buscas domiciliares; no entanto, não há como negar a diferença jurídica de tratamento entre as medidas.
9. O art. 5º, XI, da Constituição Federal exige, para o ingresso domiciliar sem mandado judicial - ressalvadas as hipóteses de "prestar socorro" ou "desastre" -, a existência de flagrante delito, e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 280, reputou necessário haver "fundadas razões" prévias quanto à existência de situação flagrancial no interior do imóvel. Assim, embora o STF não haja imposto um standard probatório de plena certeza, trata-se de uma exigência elevada quanto à provável existência de flagrante delito, diante da ressaltada dimensão que a proteção domiciliar ocupa e da interpretação restritiva que se deve atribuir às exceções a essa garantia fundamental. E, ao contrário do que se dá na busca pessoal, o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência.
10. Já no que concerne às buscas pessoais, apesar de evidentemente não poderem ser realizadas sem critério legítimo, o que a lei exige é a presença de fundada suspeita da posse de objeto que constitua corpo de delito, isto é, uma suspeição razoavelmente amparada em algo sólido, concreto e objetivo, que se diferencie da mera suspeita intuitiva e subjetiva.
11. É possível cogitar quatro motivos principais para que alguém empreenda fuga ao avistar uma guarnição policial: a) estar praticando crime naquele exato momento (flagrante delito); b) estar na posse de objeto que constitua corpo de delito (o que nem sempre representa uma situação flagrancial); c) estar em situação de descumprimento de alguma medida judicial (por exemplo, medida cautelar de recolhimento

noturno, prisão domiciliar, mandado de prisão em aberto etc.) ou cometendo irregularidade administrativa (v. g. dirigir sem habilitação); d) ter medo de sofrer pessoalmente algum abuso por parte da polícia ou receio de ficar próximo a eventual tiroteio e ser atingido por bala perdida, sobretudo nas comunidades periféricas habitadas por grupos vulneráveis e marginalizados, em que a violência policial e as intensas trocas de tiros entre policiais e criminosos são dados presentes da realidade.

12. Com base nessas premissas, diante da considerável variabilidade de possíveis explicações para essa atitude, entende-se que fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial não configura, por si só, flagrante delito, nem algo próximo disso para justificar que se excepcione a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Trata-se, todavia, de conduta intensa e marcante que consiste em fato objetivo - não meramente subjetivo ou intuitivo -, visível, controlável pelo Judiciário e que, embora possa ter outras explicações, no mínimo gera suspeita razoável, amparada em juízo de probabilidade, sobre a posse de objeto que constitua corpo de delito (conceito mais amplo do que situação de flagrante delito).

13. Ademais, também não se trata de mera "suspeita baseada no estado emocional ou na idoneidade ou não da reação ou forma de vestir" ou classificação subjetiva de "certa reação ou expressão corporal como nervosa", o que, segundo a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Fernandez Prieto e Tumbeiro v. Argentina*, é insuficiente para uma busca pessoal. Fugir correndo é mais do que uma mera reação sutil, como seria o caso, por exemplo, de: a) um simples olhar (ou desvio de olhar), b) levantar-se (ou sentar-se), c) andar (ou parar de andar), d) mudar a direção ou o passo, enfim, comportamentos naturais de qualquer pessoa que podem ser explicados por uma infinidade de razões, insuficientes, a depender do contexto, para classificar a pessoa que assim se comporta como suspeita. Essas reações corporais, isoladamente, são assaz frágeis para embasar de maneira sólida uma suspeição; a fuga, porém, se distingue por representar atitude intensa, nítida e ostensiva, dificilmente confundível com uma mera reação corporal natural.

14. Não se deve ignorar, entretanto, a possibilidade de que se criem discursos ou narrativas dos fatos para legitimar a diligência policial. Daí, por conseguinte, a necessidade de ser exercido um "especial escrutínio" sobre o depoimento policial, na linha do que propôs o Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO (Tema de Repercussão Geral n. 280): "O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio".

15. Trata-se, portanto, de abandonar a cômoda e antiga prática de atribuir caráter quase que inquestionável a depoimentos prestados por testemunhas policiais, como se fossem absolutamente imunes à possibilidade de desviar-se da verdade; do contrário, deve-se submetê-los a cuidadosa análise de coerência - interna e externa -, verossimilhança e consonância com as demais provas dos autos.

16. Assim, à luz de todas essas ponderações, conclui-se que fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial configura motivo idôneo para autorizar uma busca pessoal em via pública, mas a prova desse motivo, cujo ônus é do Estado, por ser usualmente amparada apenas na palavra dos policiais, deve ser submetida a especial escrutínio, o que implica rechaçar narrativas inverossímeis, incoerentes ou infirmadas por outros elementos dos autos.

17. O exame destes autos indica que o réu, ao avistar uma viatura policial que fazia patrulhamento de rotina na região dos fatos, correu, em fuga, para um terreno baldio, o que motivou a revista pessoal, na qual foram encontradas drogas. Diante das premissas estabelecidas neste voto e da ausência de elementos suficientes para infirmar ou desacreditar a versão policial, mostra-se configurada a fundada suspeita de posse de corpo de delito a autorizar a busca pessoal, nos termos do art. 244 do CPP.

18. Ordem denegada.

(HC 877943 / MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 18/04/2024, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 15/05/2024).

Tal entendimento consolidou os frutos da construção de uma linha jurisprudencial tratando de situações concretas específicas, relativas a percepções subjetivas sobre o abordado, considerando nula a busca pessoal nos casos de: a) "nervosismo e inquietude em face da aproximação da guarnição policial" (AgRg no HC 760.204/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022); b) fuga após se deparar com a viatura policial (AgRg no HC 767.197/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022); c) avistado "em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, saindo de um mato situado do outro lado da calçada em direção a um bar, no qual havia mais pessoas" (AgRg no HC 807.446/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023); e d) "encontrava-se parado na esquina [...] ao visualizar a guarnição começou a caminhar na tentativa de ludibriar os policiais" (AgRg no AREsp 2.262.664/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 14/4/2023).

Esses são alguns exemplos de situações em que a jurisprudência desta Corte nega validade aos elementos informativos obtidos durante a busca ilegal e a todas as provas que dela forem dependentes (AgRg no HC 772.174/GO, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023).

Merece relevo, também, o entendimento de que "a descoberta de objetos ilícitos a posteriori não convalida a abordagem policial. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de 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" (AgRg no HC n. 806.062/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023).

A busca pessoal exige, portanto, a verificação de indícios objetivos, caracterizadores da fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que constituam corpo de delito, evidenciados, por exemplo, nas seguintes situações: a) em atitude suspeita, "portando tornozzeira eletrônica" (AgRg no HC 769.891/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023); b) "em rua pouco iluminada, com uma sacola de papel nas mãos, constantemente olhando para os lados" (AgRg no HC 784.256/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023); c) indicada por múltiplas denúncias anônimas como traficante de drogas, quando localizada nas "proximidades da residência sobre a qual havia denúncias anteriores

sobre a realização de mercancia ilícita" (AgRg no HC 792.411/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023); e d) o ato de dispensar uma sacola na rua ao notar a aproximação da guarnição, somado ao nervosismo demonstrado e à denúncia anônima pretérita de que o acusado estava praticando o crime de tráfico de drogas no local" (HC 742.815/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022).

Fixadas tais premissas, passo à análise do caso.

No presente feito, observa-se que a busca pessoal se fundou no comportamento do indiciado ao perceber a presença policial, além do fato de ter passado no sinal vermelho (fl. 188), elementos que representam a fundada suspeita necessária à diligência impugnada.

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".

Adiante, quanto ao pleito acerca da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, no caso, o acórdão se manifestou com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 212-214):

"Na derradeira fase, ausente causa de aumento de pena e reconhecida, a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas, as penas foram reduzidas em 1/6, totalizando em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Nesse ponto, malgrado os esforços despendidos pela d. Defesa, tem-se que, aplicada com benevolência a causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, inviável a redução máxima da reprimenda.

A benesse sob comento trata da figura do "traficante privilegiado", também chamada de "traficância menor" ou "traficância eventual", estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a considerável quantidade de droga apreendida, aliadas as circunstâncias da prisão em flagrante indicam pelo modus operandi o profissionalismo da empreitada criminosa demonstrando que o apelante se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com animus lucrandi, modus vivendi. Assim, aquele que se dedica à espúria difusão do vício em droga de tamanha nocividade maconha -, em tese, demonstra personalidade mal formada, sem a mínima sensibilidade social. Nesse sentido: "A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morféctico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo"(Habeas Corpus nº 2049710-67.2014.8.26.0000Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Exmo. Des. GERALDO WOHLERS).

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, "de primeira viagem", que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, in Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com animus lucrandi e com modus vivendi, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas. Nesse sentido: "De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo"(Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro OG FERNANDES. DJ 04.04.2011).

Portanto, mantém-se, o patamar de redução conforme estabelecido na resp. sentença."

No presente feito, em se tratando da apreensão de 07 porções de maconha, com peso de 234 gramas, consoante acórdão (fl. 186-187), a jurisprudência desta corte vem entendendo pela aplicação da redutora em seu patamar máximo, qual seja o de 2/3 (dois terços), conforme precedentes:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRIVILÉGIO. QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEDICAÇÃO AO TRÁFICO COMPROVADA. REQUISITOS PRESENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021).

3. No caso, levando em conta a primariedade do agravante, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou integre organização criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 815431 / SC, RELATOR Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 12/06/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 16/06/2023 - Quantidade de droga apreendida: 7 comprimidos de ecstasy, 552 tubos de vidro pequenos e uma garrafa com 480 ml contendo diclorometano, 111,9 g de maconha e 58,3 g de cocaína.)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO.

QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXORBITANTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PORTE DE ARMA E DISPARO EFETUADO CONTRA A GUARNIÇÃO POLICIAL JÁ SOPESADOS NA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE

RESISTÊNCIA.

1. O art. 33, § 4º, da Lei de Drogas dispõe que o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 a 2/3 da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
2. As instâncias ordinárias, embora tenham reconhecido a primariedade do paciente, concluíram que o paciente não fazia jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena, tendo em vista a quantidade da droga apreendida e o porte de arma de fogo, aliás disparada contra os agentes da segurança pública.
3. Esta Corte tem reiterada orientação de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa.
4. Não obstante ser válido o argumento adotado pelas instâncias de origem acerca da quantidade da droga apreendida, tal argumento, por si só, não justifica o afastamento da benesse.
5. A apreensão de 122,8g de maconha, 9,5g de crack e 33,8g de cocaína não se mostra suficiente para concluir pela dedicação do ora agravado à atividade criminosa, razão pela qual cabe a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.
6. O porte de arma de fogo, disparada contra os agentes da segurança pública, não tem o condão de afastar o privilégio, tendo em vista que o agravado, no mesmo processo, foi condenado pelo crime de resistência. O porte de arma, per si, não comprovou a dedicação a atividades criminosas, e o mesmo fato não pode ser valorado duas vezes, sob pena de constatação de odioso bis in idem.
7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 493172 / SP, RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 16/06/2020, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 25/06/2020)"

Passo a redimensionar a pena, levando em consideração os parâmetros utilizados na origem.

Considerando que, na terceira fase, a pena da paciente ficou estabelecida em 5 anos de reclusão, e o pagamento de 500 dias-multa, em regime fechado, consoante acórdão (fl. 210), verificadas as condições para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 no patamar de 2/3, torno definitivo o quantum de 01 ano, 08 meses de reclusão e o pagamento de 167 dias-multa.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do CP.

Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de habeas corpus para aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do Paciente para 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 167 dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Comunique-se, "com urgência", o teor desta decisão ao Tribunal de origem e ao respectivo juízo de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Conforme se observa, todos os pedidos formulados pela impetrante foram analisados, tendo sido expostas, de forma suficiente e fundamentada, as razões que motivaram a solução dada ao caso concreto.

Destaco, por oportuno, que a questão do encaminhamento dos autos à origem para oferecimento do acordo de não persecução penal não foi, de fato, analisado por esta Relatora diante da inexistência de pedido da parte em tal sentido.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração como agravo regimental** e, nesse contexto, **nego provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

EDcl no HC 933.493 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0284627-7

Número de Origem:
15041834920218260536

Sessão Virtual de 17/10/2024 a 23/10/2024

Relator dos EDcl

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS MISDALANI DE ARAUJO
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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : LUCAS MISDALANI DE ARAUJO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO - SP274029
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

"A QUINTA TURMA, por unanimidade, negou provimento ao recurso, 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, 23 de outubro de 2024