



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**TRÁFICO DE DROGAS – NULIDADE DA BUSCA E
APREENSÃO PESSOAL – NERVOSISMO – REGIME
INICIAL MAIS BRANDO – REINCIDENTE**

PATRICK LEMOS CACICEDO, Defensor Público, exercendo suas funções junto ao Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central da Capital, Avenida Dr. Abrahão Ribeiro, nº 313, 1º andar, Rua 02, sala 569, São Paulo – CEP 01133-020, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos arts. 647 a 667, do Código de Processo Penal e art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, impetrar a presente ação de

HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR

em favor de **Paulo Gherardi Marinho Neto**, RG nº 52.703.058, filho de Audrelisia Sousa Lima e André Luiz Medeiros Gherardi Marinho, contra ato do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 13ª Câmara de Direito Criminal, proferido no julgamento da apelação nº 1500559-92.2021.8.26.0535, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

O Paciente foi **denunciado como incurso no artigo**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

33, caput, da Lei Federal nº 11.343/06. Isto porque, no dia 25 de fevereiro de 2021, às 22h30min, na Rua Ademar de Barros, 09, Monte Serrat, na Comarca de Santa Isabel, ele teria trazido consigo, para fornecimento de terceiros, 01 (um) invólucro plástico, contendo 0,7g (setenta decigramas) de cocaína e 29 (vinte e nove) invólucros plásticos, contendo 3,95g (três gramas e noventa e cinco decigramas) de cocaína em forma de *crack*, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização legal ou regulamentar (fls. 01/03 dos autos de origem).

Ocorre que os entorpecentes foram encontrados em **busca em apreensão pessoal ilegal.** Ao realizarem patrulhamento em **local conhecido como ponto de venda de drogas**, os policiais militares encontraram o Paciente, o qual teria demonstrado **NERVOSISMO** ao avistar a viatura, o que motivou a abordagem policial.

Mesmo assim, a prisão em flagrante foi homologada e convertida em preventiva, em audiência de custódia (fls. 44/46), **permanecendo o Paciente preso até o presente momento.**

Após a instrução processual, a sentença julgou procedente a ação penal, a fim de condenar o Réu, ora Paciente, pela prática do crime de tráfico de drogas, à **pena privativa de liberdade 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, no valor mínimo legal (fls. 195/202 dos autos de origem).

Irresignada com o decreto condenatório, a defesa recorreu, pugnando pela absolvição do Sentenciado, por insuficiência



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

probatória, e pela aplicação da pena mínima (fls. 205/211 dos autos de origem). Em contrarrazões de apelação, a *parquet* sustentou a manutenção da sentença combatida (fls. 219/220 dos autos de origem).

Ao julgar o apelo, a **13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, por maioria**, mantendo a integralidade da sentença combatida. **O voto vencido entendia justamente a presença de nulidade da prova obtida por busca e apreensão** (fls. 215/232).

Apesar de intimado duas vezes sobre a decisão, o advogado dativo do Paciente deixou transcorrer o prazo para recurso (fls. 282 e 296), de modo que a **decisão condenatória transitou em julgado**, para acusação, em 29 de agosto de 2022 (fl. 288) e, para defesa, em 12 de outubro de 2022.

Diante dessa decisão, não restou alternativa senão a impetração deste *habeas corpus* para correção de patente constrangimento ilegal, por condenação baseada em prova produzida de modo nulo, decorrente da ausência de fundadas razões para a busca e apreensão pessoal, além de erro grave na fixação do regime inicial, atingindo-se concretamente o direito à liberdade do Paciente.

II - DO CABIMENTO DO PRESENTE REMÉDIO CONSTITUCIONAL

Busca-se por meio deste *habeas corpus* sanar grave constrangimento ilegal imposto ao Paciente por ato de órgão fracionário do Tribunal de Justiça de São Paulo.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como se demonstrará, injustificadamente, a Corte bandeirante se utilizou, para condenação, de prova de materialidade produzida de forma nula, além de fixar indevidamente regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

Além disso, a defesa optou pela via de *Habeas Corpus* sucedânea de Revisão Criminal, em observância à celeridade processual, uma vez que **o Paciente se encontra preso desde 25 de fevereiro de 2021, e agora, sendo responsabilizado penalmente mesmo diante da ausência de prova de existência do crime, além de cumprir reprimenda em regime inicial mais gravoso do que a conduta justifica.**

Desta forma, não seria possível impugnar a decisão do Tribunal de Justiça por meio de revisão criminal. Isto porque, diante da nulidade patente na obtenção da apreensão das drogas, bem como da quantidade de pena arbitrada, quando do julgamento daquela ação, o Paciente certamente já teria cumprido grande parte de sua reprimenda fixada ilegalmente.

No mais, o imediato reconhecimento do constrangimento ilegal terá reflexos na obtenção de benefícios na execução penal.

Assim, à luz do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, o conhecimento do presente *habeas corpus*, cuja celeridade de tramitação melhor atende ao caráter urgente da resposta de direito material exigida pela situação concreta, é de rigor. Nesse sentido, posição já



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estampada no Supremo Tribunal Federal quanto ao Recurso Ordinário Constitucional:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. **HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO.** Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. **PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO – INSUBSISTÊNCIA.** A prisão preventiva não é respaldada pela alusão, sem especificar processos e estágios, ao fato de o acusado ter praticado outros delitos. (STF. HC n.º 112.387/PE. Primeira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/06/13) (Grifos nossos).

O nobre relator deste *habeas corpus*, Ministro Marco Aurélio, consignou em seu voto:

Sensibiliza a angústia da comunidade jurídica e acadêmica com a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de Justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em habeas corpus tramita durante cerca de três a quatro meses até chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O habeas corpus, ao contrário, tem tramitação célere, em razão de previsão nos regimentos em geral.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Daí evoluir para, presente a premissa segundo a qual a **virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração substitutiva toda vez que a liberdade de ir e vir**, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, **esteja em jogo** na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia.
(Grifos nossos).

Ante o sustentando, fundamental o **CONHECIMENTO** da presente ação constitucional.

III – DA NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL E DA CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS

É imperioso o reconhecimento da **nulidade da abordagem pessoal do Paciente** e a **consequente ilicitude da apreensão de drogas em seu domínio**.

Em cognição sumária, extrai-se que a condenação do Paciente se encontra **fundamentada exclusivamente na apreensão de drogas apreendidas em posse do Paciente**, obtidas por meio de **busca pessoal realizada em razão do NERVOSISMO de Paulo ao avistar a viatura policial**, que patrulhava o local, conhecido como **ponto de traficância de entorpecentes**.

Ocorre que o NERVOSISMO não configura a as fundadas razões exigidas pelo nosso ordenamento para legitimar a abordagem pessoal.

Com efeito, o parágrafo segundo do artigo 240 do Código de Processo Penal apenas permite que haja busca pessoal sem ordem judicial quando estiverem presentes dois elementos: (i) **fundada**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

suspeita de que (ii) alguém **oculte consigo arma proibida ou objetos para prática de delitos.**

Não bastasse, este Superior Tribunal de Justiça há muito considera que percepções subjetivas dos agentes policiais acerca do indivíduo a ser abordado, como **“atitude suspeita” e “nervosismo”** não constituem a fundada suspeita autorizadora deste meio de obtenção de prova, **mesmo que a abordagem tenha se dado em ponto de venda de drogas:**

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. **ABORDAGEM EM VIA PÚBLICA MOTIVADA APENAS POR IMPRESSÃO DE NERVOSISMO. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**

1. **A percepção de nervosismo do averiguado por parte de agentes públicos é dotada de excesso de subjetivismo e, por isso, não é suficiente para caracterizar a fundada suspeita para fins de busca pessoal, medida invasiva que exige mais do que mera desconfiança fundada em elementos intuitivos.**

2. À falta de dados concretos indicativos de fundada suspeita, deve ser considerada nula a busca pessoal amparada na impressão de nervosismo do Acusado por parte dos agentes públicos.

3. Recurso especial provido, a fim de anular as provas obtidas ilicitamente, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o Recorrente, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

(STJ. REsp n. 1.961.459/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022) (Grifos nossos).

A leitura da íntegra do julgado evidencia que **o caso concreto se enquadra perfeitamente na hipótese da nulidade reconhecida** – o sujeito foi condenado tão somente com base em busca e apreensão pessoal, **motivada pelo local e pelo nervosismo do abordado:**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ocorre que, no caso dos autos, **a busca pessoal realizada pelos policiais foi justificada apenas com base no fato de que o Acusado, que estava em local conhecido como ponto de venda drogas, ao avistar a viatura policial, demonstrou nervosismo.** No entanto, a percepção de nervosismo por parte do agente policial - ainda que posteriormente confirmada pela apreensão de objetos ilícitos - é dotada de excesso de subjetivismo e, por isso, não é suficiente para caracterizar a fundada suspeita, que exige mais do que mera desconfiança por parte dos agentes públicos.

Não bastasse, a fim de evitar a restrição abusiva dos direitos fundamentais, de garantir a sindicabilidade da abordagem policial e de precaver a não repetição de preconceitos estruturais, como o perfilamento racial, **esta Corte Superior se aprofundou e definiu o standard probatório a ser cumprido para busca e apreensão pessoal legítima, sendo que o seu desrespeito leva à ilicitude da prova apreendida e das provas dela decorrentes, não podendo serem convalidadas pela mera apreensão de objeto ilícito em poder da pessoa:**

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



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. [...]

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, confo rme 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.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(STJ. RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022) (Grifos nossos).

Observa-se que, no caso em espécie, não havia fundada suspeita que autorizasse a ação dos policiais militares. Estes confirmaram que realizavam **patrulhamento em área conhecida por ser local de traficância**, o que já caracteriza **atividade ostensiva e exploratória, típica do *fishing expedition***, que “caça delitos”, mesmo sem relação com as circunstâncias concretas e em violação aos direitos e garantias fundamentais.

No mais, reitera-se que os policiais trouxeram, como o motivo para a abordagem do Paciente, o fato de **ele aparentar-se NERVOSO ao avistar a viatura policial**. Claramente, trata-se de impressão subjetiva dos agentes públicos em relação ao particular, que se encontrava na rua, apenas bebendo cerveja em um bar, não havendo qualquer indicativo concreto de que estava praticando tráfico de drogas: por exemplo, os policiais militares não avistaram a troca de dinheiro por qualquer objeto.

Eles se valeram tão apenas de uma percepção vinda de seu subjetivismo sobre a atitude do Paciente quando este notou a aproximação deles, considerando-a suspeita – o que não configura as fundadas razões autorizadas da busca e apreensão pessoal, que devem se pautar em circunstâncias objetivas do fato concreto.

Portanto, mesmo que, após a abordagem, tenha sido encontrada a substância entorpecente em poder de *Paulo*, é certo que **esta prova já está manchada pela ilicitude, em razão da nulidade absoluta**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do seu meio de obtenção, que não respondeu ao requisito legal, o qual visava justamente resguardar direito fundamental da intimidade do acusado.

E, havendo prova ilícita nos autos, ela e suas derivadas precisam ser consideradas inadmissíveis (art. 5º, inciso LVI, CF/88 e art. 157 do CPP), de modo que, no presente caso, **devem ser afastados**: (i) o auto de exibição e apreensão de fls. 08/09, em que restaram apreendidos 0,7g (setenta decigramas) de cocaína e de 3,95g (três gramas e noventa e cinco decigramas) de cocaína em forma de *crack*, por ser prova ilícita; (ii) os laudos de constatação de fls. 24/28 e de exame químico-toxicológico definitivo de fls. 112/114, por serem provas derivadas.

Por consequência, a impossibilidade de consideração de tais elementos probatórios leva à ausência de prova da materialidade do delito de tráfico de drogas, que exige laudo de constatação, nos termos do artigo 50, §1º, da Lei de Drogas – a qual não pode ser suprida por prova testemunhal, em razão do não desaparecimento de vestígios, requisito exigido pelo artigo 167 do Código de Processo Penal para tal substituição.

Deste modo, diante da inexistência de demonstração da própria ocorrência de crime, apenas resta, como resolução deste processo, **a absolvição do Paciente.**

Ante o exposto, requer-se o reconhecimento da **ILICITUDE da apreensão da droga e das provas derivadas**, nos termos do 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em razão da **NULIDADE da busca e**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreensão pessoal, pelo desrespeito ao artigo 240, §2º, do Código de Processo Penal, ensejando-se, portanto, a **ABSOLVIÇÃO do Paciente, por inexistência de prova de existência do crime**, nos termos do artigo 387, inciso II, do Código de Processo Penal.

VI – DA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO

Existe também patente ilegalidade na **fixação de regime inicial fechado** ao Paciente, a qual foi sustentada tão somente **em sua reincidência**.

Todavia, percebe-se que o entendimento emanado pela sentença é claramente contrário à ausência de gravidade em concreto e às circunstâncias judiciais favoráveis a *Paulo*, porquanto apenas o fato de o Paciente ser reincidente não é justificativa suficiente para que lhe seja aplicado regime mais rigoroso.

Pois bem, nos termos do artigo 33 do Código Penal, recorda-se que três são os requisitos a observar para a determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda – **quantidade da pena, reincidência e circunstâncias do artigo 59 do Código Penal**.

Neste ponto, a **pena total fixada** não ultrapassa o limite de 08 (oito) anos – base legal para o regime fechado –, sendo, portanto, cabível a concessão do regime SEMIABERTO para início do cumprimento de pena.

Isto porque não é possível se extrair do artigo 33, do Código Penal que o legislador intentou restringir, ao **réu reincidente**



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, o início de seu cumprimento em regime fechado, uma vez que configuraria claro prejuízo ao sentenciado. Outro não é o entendimento da melhor doutrina:

Significa dizer, portanto, que a análise do grau de responsabilidade penal do autor (culpabilidade em sentido amplo) permite flexibilizar o regime em benefício do acusado. **Isto porque os critérios do §2º do art. 33 se constituem, em realidade, como fronteira máxima de punibilidade. Se as circunstâncias judiciais forem favoráveis, não haveria quaisquer óbices para aplicação do regime semiaberto** aos casos de (a) pena ficada acima dos oito anos ou de (b) **sanção dosada entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, em caso de réu reincidente**; ou, ainda, estabelecer regime aberto nas situações de (c) pena aplicada abaixo dos 4 (quatro) anos, em caso de condenado reincidente. A flexibilização da legalidade penal em benefício do réu seguindo previsão exposta no art. 33, §2º, é plenamente admissível em um modelo penal de garantias. O contrário, porém vedado, visto ser a legalidade uma barreira de contenção que não pode ser ultrapassada em prejuízo dos direitos individuais.

(CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: Fundamentos e aplicação judicial – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358) (Grifos nossos).

No mais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige **motivação idônea**” (Súmula nº 719 do Supremo Tribunal Federal), **a qual não se confunde com a opinião do julgador acerca da gravidade em abstrato do delito** (Súmulas nº 718 do Supremo Tribunal Federal e nº 440 do Superior Tribunal de Justiça).

E, no caso em tela, as **circunstâncias judiciais** são **claramente favoráveis** ao Paciente, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, além de **não haver elementos concretos que apontem para uma gravidade** maior da conduta do Paciente, que seguiu o esperado para



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o tipo penal de tráfico de drogas, com pequena quantidade e uniformidade da droga.

Com efeito, **estando ausente gravidade em concreto na conduta**, o regime inicial fixado viola os **princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização das penas**, os quais devem orientar a hermenêutica quanto ao artigo 33, do Código Penal.

O **princípio da proporcionalidade** determina que a pena imposta ao condenado, assim como a forma de seu cumprimento, deve ser não apenas adequada, como também necessária e proporcional em sentido estrito ao alcance da sua função ressocializadora e preventiva, não sendo razoável aplicar sanção mais gravosa do que aquela indispensável para a concretização de tais finalidades.

Por sua vez, o **princípio da individualização** da pena exige que, no momento de fixação da reprimenda e de seu regime de cumprimento, o magistrado leve em consideração as circunstâncias pessoais do condenado e o fato concreto por ele praticado, de modo que a imposição de regime mais gravoso do que aquele admitido em razão da pena tão somente com base na natureza ou gravidade em abstrato do delito afronta o referido princípio.

Portanto, **há de se fixar o regime inicial SEMIABERTO** para o cumprimento inicial da reprimenda imposta.

VII – DA MEDIDA LIMINAR

Com o escopo de impedir a perpetuação da violação ao direito do Paciente, fundamental a concessão de ordem liminar para



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGUARDAR EM LIBERDADE ou EM REGIME MAIS BRANDO o julgamento definitivo deste remédio constitucional, pois, conforme exposto, resta evidente a não obediência aos artigos 226 e 387, inciso VII, do Código de Processo Penal e ao artigo 33 do Código Penal.

A **fumaça do bom direito** emerge de toda a exposição até agora feita, amparada pelo ordenamento jurídico e pela doutrina. O **perigo na demora** também é incontestado, não podendo o Paciente ficar submetido à condenação baseada em prova de materialidade obtida de forma nula, bem como à regime inicial mais gravoso do que o devido ao caso.

Ressalte-se que o constrangimento ilegal apontado é manifesto. Uma superficial análise da decisão atacada nos permite concluir que há nulidade na busca e apreensão pessoal e, por consequência, a apreensão de drogas constitui prova ilegal; bem como não ser caso de regime fechado, mas sim, semiaberto, sendo que a manutenção do Paciente em tais estabelecimentos pode trazer enormes prejuízos.

Pesa-se a isso que o Paciente já permanece custodiado por **01 (um) ano e 07 (sete) meses**, desde sua prisão em flagrante (25 de fevereiro de 2022), fazendo com que tenha **cumprido em regime mais gravoso do que lhe cabido 27% (VINTE E SETE POR CENTO) da reprimenda ilegal, enquanto o seu percentual de progressão é de 20% (vinte por cento – reincidente em crime sem violência ou grave ameaça, nos termos do art. 112, II, da LEP).**

Assim, a possibilidade de aguardar em liberdade o julgamento desta ação ou a fixação de regime menos gravoso é medida que se impõe, sem qualquer necessidade de aprofundamento da análise,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

devendo, portanto, ser **concedida a liminar**, sendo expedido: (i) o **ALVARÁ DE SOLTURA**, para que *Paulo* aguarde em liberdade o julgamento do *writ*; ou (ii) a **ORDEM DE LIBERAÇÃO**, para que *Paulo* aguarde em **REGIME SEMIABERTO** o julgamento desta ação.

VIII – DOS PEDIDOS

Diante o exposto, requer que, após colhida eventuais informações da Autoridade Coatora, seja processado o pedido e anexo na forma da lei e regimento interno desta Corte, para:

a) **concessão de ORDEM LIMINAR** para – (i) possibilitar que o **Paciente AGUARDE EM LIBERDADE** o julgamento de mérito, com o a expedição do devido alvará de soltura; ou (ii) para determinar o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena **SEMIABERTO**, com a expedição da conseqüente ordem de liberação;

b) a solicitação de informações da Autoridade Coatora, se as julgar necessárias (artigo 664 do Código de Processo Penal, RT 512/336);

c) seja processado o pedido e anexo na forma da lei e regimento interno desta Corte, e **CONCEDIDA EM DEFINITIVO** a ordem ora impetrada, para – (i) o reconhecimento da **ILICITUDE da apreensão da droga e das provas derivadas**, nos termos do 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em razão da **NULIDADE da busca e apreensão pessoal**, pelo desrespeito ao artigo 240, §2º, do Código de Processo Penal, e a **conseqüente ABSOLVIÇÃO do Paciente**, por inexistência de prova de existência do crime, nos termos do artigo 387, inciso II, do Código de Processo Penal; (ii) o estabelecimento do cumprimento inicial de pena em regime semiaberto.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Requer, por fim: **(a)** a intimação pessoal da Defensoria Pública com a entrega dos autos com vistas; **(b)** a contagem em dobro dos prazos.

São Paulo, 11 de outubro de 2022.

PATRICK LEMOS CACICEDO

Defensor Público do Estado de São Paulo

8ª Defensoria Pública da Unidade DIPO/JECRIM/JVD

RAFAELLA GRAZINI CAPELIN RAMOS RODRIGUES

Estagiária de Pós-Graduação da

Defensoria Pública do Estado de São Paulo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 777830 - SP (2022/0328395-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PATRICK LEMOS CACICEDO - RJ143765
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO GHERARDI MARINHO NETO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO GHERARDI MARINHO NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500559-92.2021.8.26.0535.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em razão da apreensão de **0,7g de cocaína e 3,95g de crack**.

Contra a sentença a Defesa interpôs apelação, que foi desprovida pela Corte de origem (fls. 68-78).

Neste *writ*, a Impetrante sustenta que é ilícita a prova da materialidade delitiva, pois decorrente de busca pessoal ilegal.

Alega, ainda, a possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto.

Requer, liminarmente, que o Paciente possa aguardar o julgamento definitivo do *writ* em liberdade ou em regime prisional mais brando. No mérito, pleiteia a absolvição do Acusado ou a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi **deferido** às fls. 87-98.

Foram prestadas informações às fls. 122-162 e 165-199.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 137-152, opinando:

"[...] pelo não conhecimento do presente writ, pois formalmente incabível, mas pugna, desde logo, pela concessão de ordem, de ofício, para que sejam desentranhadas as provas colhidas com indevida busca pessoal, absolvendo-se o réu da imputação do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06.

Caso assim não se entenda, pede o Parquet federal seja o paciente absolvido da imputação de tráfico de drogas nos termos do artigo 386, incisos III, do Código de Processo Penal, ou, ainda, seja a conduta desclassificada para aquela do art. 28 da Lei n.º 11.343/06."

É o relatório. Decido.

A busca pessoal, de acordo com o § 2.º do art. 240 do Código de Processo Penal, somente pode ser realizada quando houver **fundada suspeita** de que a pessoa oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas alíneas "b" a "f" e "h" do § 1.º do citado dispositivo.

O art. 244, por sua vez, prevê que a busca pessoal, como medida autônoma, independerá de mandado prévio se **houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito**.

A propósito, ressalto que, no dia 19/04/2022, foi julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça o **RHC n. 158.580/BA**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, ocasião em que foram estabelecidos parâmetros e diretrizes a fim de que seja reconhecida a existência de "*fundada suspeita*" e, portanto, tenha-se como devidamente justificada e aceitável juridicamente a busca pessoal, refutando a hipótese em que a revista esteja amparada em mera "*atitude suspeita*", não descrita objetivamente nos autos.

A seguir, a ementa do referido julgado:

"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 írritos 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 158.580/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022; sem grifos no original.)

No caso, extrai-se do Auto de Prisão em Flagrante a seguinte narrativa do condutor do flagrante (fl. 25; sem grifos no original):

"[...]

Comparecem nesta Delegacia de Polícia os policiais militares acima descritos, noticiando que durante patrulhamento de rotina, junto a um local conhecido dos policiais como ponto de tráfico de drogas, avistaram a pessoa do indiciado, sentado a frente de um bar, onde ao avistar a presença da viatura da polícia militar demonstrou nervosismo, tendo sido realizada a abordagem junto ao mesmo.

O qual não portava documentos, dizendo-se chamar-se Paulo Gherardi Marinho Neto, e em revista pessoal junto ao mesmo foi localizado a quantia de R\$472,00 (Quatrocentos e Setenta e Dois Reais) em dinheiro, e um aparelho de telefone celular, tendo Paulo dito que a origem do dinheiro, seria fruto de seu trabalho como pedreiro, em uma revista mais minuciosa, foi localizado junto a cueca do mesmo um papelote contendo substância esbranquiçada similar a cocaína, bem com vinte e nove pedras de substância amarelada aparentando ser crack.

Indagado sobre as drogas encontradas consigo Paulo Gherardi Marinho Neto, confessou que realmente estava traficando drogas junto aquele local e que ficaria ali até às 23 horas.

Diante disto foi exarada voz de prisão em flagrante delito a Paulo Gherardi Marinho Neto, pela prática do crime de tráfico de drogas, tendo sido o mesmo conduzido até esta Delegacia de Polícia."

O Juízo sentenciante, ao afastar a preliminar ora debatida, consignou o que segue (fls. 49-52; sem grifos no original):

"O pedido condenatório formulado pelo i. representante do Ministério Público é procedente. As provas colhidas, sob o crivo do contraditório, não deixam dúvidas quanto à materialidade delitiva e quanto à autoria do réu pelo fato a ele imputado.

O auto de exibição e apreensão que instruiu o auto de prisão em flagrante dá conta da apreensão da substância entorpecente descrita na denúncia (fls. 08/09). As substâncias foram submetidas a exame preliminar de constatação, cujo laudo também foi juntado aos autos (fls. 24/28), de modo que constatada sua natureza. A apuração preliminar foi confirmada com o a realização do exame químico toxicológico (fls. 103/114).

A posse da droga pelo réu e sua destinação ao tráfico é indubitosa. Nesse

sentido a prova oral colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que corroboram os elementos informativos produzidos em sede policial.

Prestaram depoimento em juízo, na condição de testemunhas, os policiais EDNALDO BARBOSA SANTANA e FERNANDO DA SILVA LIBERTO. Os policiais ouvidos em juízo relataram que em patrulhamento avistaram o acusado em local conhecido pela comercialização de entorpecentes. Paulo, que estava sentado, levantou-se tão logo visualizou a polícia, e passou a andar. Abordado em razão da atitude suspeita. Após busca e apreensão pessoal, constatou-se que consigo havia entorpecente. Encontraram entorpecentes em suas vestes íntimas.

Confessou informalmente a traficância. O depoimento em juízo coincide com o afirmado em sede policial.

As narrativas são consistentes nos pontos essenciais que envolvem a acusação.

Não há contradições substanciais. Não há razões para que a prova seja desconsiderada. A alegação de que a prova estaria circunscrita aos depoimentos prestados pelos policiais não é argumento suficiente a ponto de afastar a procedência da ação penal. Afinal, a lei processual não se vinculou ao regime da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados. Não há notícias de desvios funcionais anteriores dos policiais de modo que os seus depoimentos assumem importante valor probatório.

Destaco, neste ponto, quanto à busca e apreensão pessoal, que ambos os depoentes apresentam as razões da abordagem policial. Destaca-se não apenas o local da abordagem, conhecido pela prática de crimes, mas também o nervosismo demonstrado pelo imputado. Como bem se percebe, ainda que decorrido quase um ano da diligência, os policiais ouvidos apresentam fundadas razões para a realização da busca e apreensão policial. E tanto o é, que encontraram entorpecentes na posse do acusado. Trata-se de situação diversa daquela alegada pela i. defesa, em que os policiais teriam agido arbitrariamente ao abordar o imputado. Em verdade, trata-se de ação legítima fundamentada no dever estatal de garantir a segurança pública.

Não se confunde a ação verificada com uma ação estatal característica de um Estado policial e arbitrário. Não há ilicitude probatória a ser considerada.

Igualmente ouvidas testemunhas arroladas pela defesa. Cosmo José de Moura, testemunha de defesa, afirmou em juízo que nada sabe a respeito do tráfico. Afirma que presenciou a abordagem da polícia. Estava em um bar próximo. No momento da abordagem Paulo estava fora do bar. Não presenciou a revista pessoal. Giorgina Gonçalves, testemunha de defesa, afirma que o acusado chegou no local, pediu uma garrafa de Itaipava. A depoente estava fechando o bar. Não conhece o réu. Tão logo o acusado saiu do bar, foi abordado pelos policiais. Não presenciou a busca e apreensão pessoal.

Em interrogatório judicial, o réu negou a imputação. Afirmou que estava no interior do estabelecimento e que indivíduo passou correndo. Uma viatura fez o retorno. Afirmou que foi outro indivíduo quem empreendeu fuga. Os policiais em abordagem ao imputado perguntaram se tinha antecedentes criminais. A partir disso, afirmaram que se encontrassem entorpecente pelo local, imputariam ao acusado. Afirmaram que atribuiriam ao acusado o entorpecente abandonado pelo indivíduo que correu pelo local.

É certo que, além de meio de defesa, a versão do imputado é também meio de prova, razão pela qual impõe-se sua valoração e cotejo com os demais elementos de prova colhidos durante a instrução processual. No caso, a negativa apresentada pelo réu permaneceu isolada. Não há qualquer indício, mínimo que seja, que confira suporte à versão ofertada em autodefesa. Tentou, é certo, minimizar a sua responsabilidade pelos fatos.

A narrativa acusatória encontra comprovação segura nos autos. A prova testemunhal indica que com o imputado encontrou-se o entorpecente apreendido. As testemunhas de defesa refutam a tese defensiva, uma vez que o

acusado afirma que se encontrava no interior do bar, enquanto as testemunhas dizem que se encontrava em área externa, na via pública. Em momento algum as testemunhas afirmam que não houve abordagem pessoal do imputado, mas somente que não o presenciaram. Ademais, não se pode presumir que os policiais militares, que detêm atribuição constitucional para zelo da segurança pública, imputariam falsamente ao acusado, por mero sadismo, a posse do entorpecente apreendido.

Não foram produzidas provas aptas a refutar a tese de acusação. Isto é, não há qualquer elemento de prova que refute com dúvida concreta e razoável o juízo de certeza que sobre essa recai.

Em síntese conclusiva, pelas provas produzidas durante o curso do processo, é possível constatar a existência do crime de tráfico. Nesse sentido, a forma em que as drogas estavam acondicionadas, a variedade e a quantidade evidenciam, de modo patente, que o acusado estava no local para o exercício da traficância.

Desse modo, estando comprovadas a materialidade e autoria delitivas, passa-se à individualização das penas de acordo com o disposto nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei 11.343/06."

No julgamento do apelo defensivo, o Tribunal *a quo* refutou a tese de nulidade, valendo-se da fundamentação a seguir transcrita (fls. 70-77; grifos diversos no original):

"Ao que consta o réu, ora recorrente, foi denunciado como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, já que no dia 25/02/21, às 22h30, na Rua Ademar de Barros, 09, na cidade de Santa Isabel, estaria trazendo consigo, para fornecimento a terceiros, 01 (um) invólucro plástico contendo cocaína (0,7g) e 29 (vinte e nove) invólucros plásticos contendo cocaína em forma de crack (3,95g), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, listadas na norma integradora do tipo.

Policiais militares em patrulhamento avistaram o acusado em local conhecido por ser ponto de tráfico, ocasião em que, demonstrando nervosismo diante da aproximação da viatura, ele teria adotado atitude evasiva.

Diante dessa fundada suspeita, os policiais deliberaram abordá-lo, ocasião em que, em revista pessoal, com ele localizaram 01 papelote com cocaína e 29 pedras de crack que estavam na cueca, além de localizarem R\$ 472,00, em espécie (dinheiro trocado) e um telefone celular.

Indagado, Paulo teria admitido aos agentes da lei estar traficando.

Após instrução probatória, sobreveio a r. sentença condenatória.

A despeito das consistentes considerações do eminente relator sorteado quanto à invalidade da prova, no ponto respeitosa e divergimos.

Explico por quais razões.

Desde a fase do inquérito os policiais mencionaram que estavam em patrulhamento ostensivo e que, encontrando-se o réu em local já conhecido como ponto de tráfico, ao visualizar a viatura demonstrou nervosismo, tentando se distanciar.

Em juízo inclusive explicaram que ele estava sentado na guia e adotou atitude evasiva, que lhes despertou suspeita.

O policial Ednaldo, perguntado pelo Promotor, ainda disse: o local era conhecido pelo tráfico, e lá se depararam com o réu sentado numa guia e, diante da aproximação policial, levantou-se e passou a caminhar, em atitude que gerou suspeita.

Exatamente no mesmo sentido foi o depoimento do policial Fernando, também conferido em mídia pelo e-saj.

Enfim, há que se reconhecer que os policiais reportaram, ainda que do modo simples e direto que lhes é típico, que a atitude que então perceberam do acusado foi suspeita, indicativa de que ele tivesse algo consigo, no caso drogas, já que se tratava de ponto de tráfico.

Não à toa que com ele realmente localizaram drogas. Inclusive sendo ele indivíduo reincidente, com condenação anterior justamente por tráfico.

Exigir dos policiais que se refiram à suspeita com vocabulário mais elaborado, acredito que é exigir mais do que lhes cabe, já que não são profissionais propriamente versados em prolífica tradução, em palavras, da complexidade de nuances do comportamento humano.

E se não lhes permitirmos que abordem quem lhes parecer suspeito por adoção de atitudes que lhes são reveladoras de suspeição em razão da rica experiência adquirida (pressuposições empiricamente justificadas), fatalmente vamos lhes castrar a efetividade no enfrentamento à criminalidade, que grassa cada vez mais desinibida.

É óbvio que o policial leva em conta na sua atuação, também ideias preconcebidas, afinal, são seres humanos adultos, dotados de formação e experiência que, no mais das vezes, os colocam inclusive a salvo de maiores perigos.

Como lembrado pelo psiquiatra Theodore Dalrymple, não há como eliminar do homem todas as pressuposições habilitadas pelo prévio conhecimento cevado na experiência, pois o mundo não se recria na mente humana a cada dia, a cada momento:

[...]

Logo, é indevido esperar que o policial seja ingênuo na identificação de certa conduta, por ele já visualizada em outras situações de tráfico, como denotadora de suspeição, pelo contrário, é louvável que tenha ganho, com a experiência, aludida expertise, a mesma que se verifica, por exemplo, quanto aos agentes policiais e alfandegários nos aeroportos quando elegem pessoas à revista por meio de leitura corporal que passa despercebida por gente comum.

Imagine se fôssemos exigir dos policiais de fronteira muito palavrorio e burocracia para justificar toda e qualquer revista? Imagine se fôssemos exigir o mesmo dos policiais que atuassem em blitzes da lei seca ou no combate a ações terroristas?

Por falar em lei seca, cabe lembrar que a palavra dos policiais (prova testemunhal) é tomada como apta inclusive para atestar a alteração da capacidade psicomotora do condutor (art. 306, par. 2º, do CTB), o que é instrumento bastante importante especialmente quando este não aceita se submeter voluntariamente aos testes de aferição de alcoolemia.

Aliás, também é preciso lembrar que a busca pessoal não tem a mesma estatura da busca domiciliar, esta sim, condicionada pela Constituição (art. 5º, XI) à prévia expedição de mandado judicial. Para a busca pessoal, que pode ser realizada de dia ou de noite, independentemente de prévia expedição de mandado, nem é preciso que esteja, o seu alvo, em situação de flagrante!

E voltando ao nosso caso, ponto importante a ser observado é que, em oposição à versão policial, a do réu soou totalmente descabida, visto dizer que estava dentro do bar e que um outro indivíduo havia corrido do lado de fora e jogado a droga, que lhe fora atribuída gratuitamente pelos policiais que nem conhecia.

Referida estória além de inacreditável não se sustenta, pois na prova inexistente qualquer referência a outra pessoa, e nem o dono do bar confirma que o réu estivesse dentro do estabelecimento quando abordado.

Além do mais os policiais o desmentem com firmeza (sem que se tenha demonstrado razão para que mentissem e a ele atribuíssem droga que não estivesse consigo).

E assim como não se tem razão para suspeitar gratuitamente dos depoimentos dos policiais no tocante ao encontro da droga com o acusado, não se tem razão para duvidar que a abordagem se dera em razão de fundada suspeita. Mesmo porque, não fosse a atitude do réu a provocar a suspeita, não teriam como antever que ele estava com as drogas, efetivamente com ele encontradas.

Por outro lado, o discurso trazido na jurisprudência mencionada pelo nobre relator sorteado (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022), de vitimização de pessoas da periferia, que estariam mais propensas a sofrer abordagem policial, embora respeitável, não nos convence da ilegalidade da atuação policial, já que esta merece ser analisada no caso concreto, pois o que se julga é o caso, não um estudo, uma tese ou uma teoria.

A propósito, aqui cabe abrir um parêntesis, pois identifico no discurso mencionado a mesma gênese daquele que dá voz às críticas à confiança que a lei atribui à avaliação subjetiva levada a efeito pelo policial e pelo julgador quando se trata de distinguir o tráfico da posse de drogas para uso próprio.

Segundo essas vozes, o sistema de avaliação policial-judicial (mais subjetivo) da nossa lei (art. 28, par. 2º, da Lei 11.343/06) deveria ser substituído pelo da quantificação legal (objetivo), já que os profissionais do direito que atuam na repressão ao crime, embebedos de seus preconceitos (ainda que inconscientes ou 'estruturais') contra gente pobre e de pele mais escura, acabaria por tender a lhes atribuir com maior probabilidade o tráfico do que o porte para uso próprio, a despeito de serem similares as circunstâncias objetivas.

Tanto por isso, para o Ministro Gilmar Mendes, a despenalização da conduta do usuário de entorpecentes não seria suficiente ao seu mais correto enfrentamento já que, persistindo o enquadramento criminal, com ele persistindo a inadmissível 'seletividade do sistema' em prejuízo dos mais vulneráveis ('zona cinzenta da interferência estatal'), prejudicada ficaria a implementação das políticas de redução de danos e prevenção de riscos:

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional.

*Tal abordagem nos traz à lembrança as inconsistentes teorias criminológicas do **labelling approach**, segundo as quais é atribuída à intervenção da justiça criminal a maior responsabilidade pelo aprofundamento da criminalidade. A conduta desviada teria origem, então, mais na sociedade do que propriamente no indivíduo, de modo que o desvio, por assim dizer, não seria algo atribuível a quem o comete, mas uma consequência da aplicação, em si, das regras e sanções para o ofensor.*

Eis mais uma forma de culpar a sociedade pelas agressões cometidas contra ela própria. Mais um meio de justificar o crime e o criminoso com base em um ethos de secular relativismo ou, até, mediante exercício de preconceito moral invertido. Um crime, segundo essa corrente, não devendo mais ser encarado ou denominado como crime. Um delinquente também não podendo mais ser chamado de delinquente. Devendo ser abolida a tradicional terminologia que, dada a carga pejorativa, seria tida como aderente e estigmatizadora do indivíduo, este absolutamente intangível em sua dignidade bandida.

A propósito, segundo os arautos da vitimização do infrator, agindo como facínoras, juízes, promotores e policiais tendem a ser mais rigorosos na classificação do delito quanto mais preto, pobre e marginalizado for o sujeito submetido ao seu poder. Atuando, pois, como agentes de reforço da rotulação que acaba por alimentar de forma espiral o sistema penitenciário.

Referida inferência é, segundo penso, leviana. Primeiro porque parte do pressuposto de que os profissionais do direito que atuam na persecução o fazem com má índole, com abjeta discriminação. Segundo porque é calcada em indevida associação de causa e efeito, com base em estatísticas discutíveis que podem nos levar a erros de dedução.

Ora, mesmo que no universo de indivíduos detidos como traficantes haja mais negros, mulatos e pobres (em desproporção com sua representação no

cômputo geral da população), somente isso não é suficiente para associar coisa com outra, ou seja, para afirmar que a polícia tanto mais endurece sua atuação repressora quanto mais escura seja a cor da pele e minguada a conta bancária do sujeito alvo de sua atuação. Até porque, onde está a demonstração de que, em função da natureza dos crimes cometidos e de seus respectivos autores, outra devesse ser a expressão proporcional de prisões e condenações?

É preciso cuidado com a transposição do onipresente discurso do oprimido e do opressor, hoje perpassado pelo racismo. Ele não serve à análise adequada de toda e qualquer situação, menos ainda quando apoiado só em simplória associação monofatorial.

Adotássemos tal entendimento, haveríamos então que concluir que quanto à criminalidade do colarinho branco, notadamente aquela que fora alvo da operação lava-jato e afins, haveria, por parte dos profissionais que atuam na área criminal, perseguição contra homens brancos e ricos, já que praticamente 100 por cento dos indivíduos que foram alvos das prisões/condenações/investigações em tais casos eram pessoas com tais características. Dando para ver, então, o nível de mistificação que infelizmente vira clichê mesmo entre gente mais culta.

Enfim, é preciso cuidado com o manejo desse discurso binomial e singular que em vez de se apoiar em abalizados critérios, lastreia-se em viés panfletário a serviço de insidiosa ideologia. Discurso que por ignorar a complexidade e variedade de fatores interagentes na realidade do crime acaba por disseminar a empulhação de que a atuação repressora do Estado não é mais do que expressão de mero preconceito burguês a serviço da exploração do mais fraco pelo mais forte (a eterna luta de classes).

É preciso, pois, monitorar constantemente a validade lógica dos argumentos criminológicos para não cairmos na 'falácia da afirmação do consequente' assim exemplificada por NISBETT: 'Se eu tenho febre, então estou com a garganta inflamada. Estou com a garganta inflamada. Logo, estou com febre'. O que atraído para o nosso tema poderia ser assim traduzido: se o sujeito foi preso e é negro, ele deve ser vítima de injustiça. Como sou branco e estou preso, minha prisão deve ser justa.

Ou ainda: se há na população em geral 55 por cento de pretos e pardos, qualquer percentagem maior de tal categoria observada na população carcerária seria produto de racismo.

Uma coisa é incentivar à polícia adoção de protocolos e critérios mais objetivos que permitam ao juiz se fiar em mais do que só na palavra de seus agentes. Outra, bem diferente, é deslegitimar toda e qualquer interferência policial por prévia suspeição quanto à lisura de seu proceder.

Tanto que a jurisprudência a respeito do tema é iterativa.

Confira-se:

[...]

A palavra dos policiais, assim como vale para dar atestado do que presenciaram e do que apreenderam com o acusado, vale para justificar a abordagem e a fundada suspeita, cuja prova decorre menos do quanto sejam versados na elaboração vernacular do que presenciaram - e logicamente não filmaram -, e mais do que efetivamente encontraram.

Ou seja, não há maior atestado de que a suspeita era fundada do que o encontro da droga com o sujeito alvo da busca pessoal e a consequente prisão em flagrante!

É mais ou menos o mesmo raciocínio que se emprega, por exemplo, nos casos de violência doméstica, quando indefectivelmente a jurisprudência se inclina, a despeito da negativa de autoria por parte do réu e de ausência de testemunhas presenciais, para a condenação do acusado, já que com o laudo pericial atestando a lesão, a palavra da vítima é tomada como prevalente.

Ora, se o laudo atestando a lesão faz prevalecer a palavra da ofendida (pessoa não desinteressada na solução da causa) à do réu (este presumido inocente), por qual razão o encontro da droga com o acusado e sua prisão em

flagrante não faz presumir como realmente fundada a suspeita que levou os policiais à pronta intervenção?

Além do mais, se fosse tomar então como abusiva a atitude dos policiais, como feito no voto do eminente relator, seria preciso, segundo pensamos, decidir por inteiro, identificando que fatores preconceituosos ou ilegítimos teriam levado à busca pessoal indevida, determinando-se, em consequência, responsabilização dos agentes da lei. Ou seja, precisaria ser analisado o caso concreto."

Como se vê, a busca pessoal realizada pelos policiais está apoiada apenas em "**atitude suspeita**", consistente no **mero fato de o Paciente ter sido abordado em local conhecido pela prática da traficância, além de ter demonstrado nervosismo ao avistar os policiais**. Portanto, não vislumbro elementos indiciários suficientes do cometimento de delitos, ainda que permanentes, que justifiquem a abordagem em tela.

Convém assinalar que **não consta** do acórdão atacado ou da sentença condenatória que os agentes públicos teriam visualizado o Réu vendendo drogas ou mesmo praticando qualquer outro crime, sendo que a posterior situação de flagrância não legitima a revista pessoal amparada em meras suposições ou conjecturas.

Ilustrativamente, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RELAXAMENTO. BUSCA PESSOAL ILEGAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL RECONHECIDA. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS.

1. A autoridade policial recebeu denúncia anônima de tráfico de drogas e dirigiu-se ao local. O paciente, percebendo a chegada dos policiais, correu para um bar, ao que os militares 'foram em busca dele e o paciente resistiu à abordagem, ao que foi necessário contê-lo' (acórdão).

2. Foram encontradas drogas em seu poder. [...] 'tendo em vista que o paciente disse para os policiais que morava na casa verde informada da denúncia e que a residência era conhecida no meio policial como ponto de venda de drogas', os agentes entraram na residência e encontraram mais drogas.

3. Se não amparada pela legislação a revista pessoal que foi realizada apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes policiais, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, vislumbra-se a ilicitude da prova, e das dela decorrentes, inclusive a busca e apreensão domiciliar, nos termos do art. 157, caput e § 1º, do CPP.

4. Concessão da ordem de habeas corpus. Trancamento da ação penal (art. 648, I - CPP) pela imputação constante da denúncia (art. 33, caput - Lei 11.343/2006). Demais pleitos prejudicados." (HC 707.819/MG, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, Desembargador Convocado do TRF 1.ª Região, SEXTA TURMA, DJe 25/04/2022; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. REVISTA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Considera-se ilícita a revista pessoal realizada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal.

2. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. Assim, o fato de o acusado se amoldar ao perfil descrito em denúncia anônima e ter empreendido

fuga ante a tentativa de abordagem dos policiais militares, não justifica, por si só, a invasão da sua privacidade, haja vista a necessidade de que a suspeita esteja fundada em elementos concretos que indiquem, objetivamente, a ocorrência de crime no momento da abordagem, enquadrando-se, assim, na excepcionalidade da revista pessoal.

3. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade das provas obtidas a partir da busca pessoal realizada, bem como as delas derivadas, anulando-se a sentença para que outra seja prolatada, com base nos elementos probatórios remanescentes." (HC 625.819/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. REVISTA PESSOAL E INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO OBTIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. Também há a compreensão neste Superior Tribunal de que se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

3. No caso concreto, o contexto fático que antecedeu a providência tomada pelos policiais não indicam a existência de fundada suspeita de que o réu estivesse praticando qualquer delito no momento de sua abordagem, as buscas foram motivadas no 'nervosismo' apresentado pelo acusado. Não ficou consignado em sentença nem no acórdão impugnado que os policiais haviam presenciado o paciente vendendo entorpecentes ou mesmo praticando qualquer outro delito que justificasse a abordagem pessoal.

4. Ordem concedida para, reconhecendo a nulidade das provas obtidas ilicitamente, bem como as delas derivadas, absolver o paciente com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal." (HC 659.689/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 18/06/2021; sem grifos no original.)

Assim, considerando que as provas coletadas por meio da busca pessoal são ilícitas, a própria demonstração da materialidade e da autoria delitiva está viciada, o que impõe a declaração de nulidade do processo e a absolvição do Paciente do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, para **anular** as provas obtidas ilicitamente, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, **absolver** o Paciente das imputações feitas na Ação Penal n. 1500559-92.2021.8.26.0535.

Comunique-se ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2022.

Ministra LAURITA VAZ

Relatora