



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 735387 - SP (2022/0106341-4)

RELATOR : MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : MARICY REHDER COELHO CAMARA - SP156550
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSÉ ADINALDO CARDOSO SILVESTRE

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra acórdão assim ementado (fl. 26):

Recurso em sentido estrito. Inconformismo ministerial. Decisão que rejeitou, por ausência de justa causa para o exercício da ação penal, denúncia oferecida imputando ao recorrido a prática do crime de tráfico de entorpecentes. Materialidade e indícios de autoria presentes nos autos. Questão relativa à destinação dos entorpecentes - se ao consumo ou à traficância - e à efetiva comprovação da autoria do delito que se revelam atinentes ao mérito da ação penal, a serem aferidas, portanto, no curso da instrução. Presença de justa causa para a instauração da persecução. Provimento do recurso para receber a denúncia oferecida, determinando-se a instauração da ação penal e seu regular prosseguimento. Pleito de decretação da prisão preventiva do recorrido, revogada pela decisão questionada, também acolhido, eis que evidenciada a reiteração delitiva do acusado, a indicar a necessidade da custódia para garantia da ordem pública. Recurso provido.

O paciente foi preso em flagrante pelo delito de tráfico de drogas. Rejeitada a denúncia, o Tribunal de origem reformou a decisão para recebê-la e decretar a prisão preventiva.

De acordo com a defesa, não houve investigação pretérita nem "apreensão de significativa quantidade de drogas e os policiais não presenciaram o indiciado em atos de mercancia ilícita, tampouco a denúncia descreve tais atos. Ausentes também testemunhas civis que corroborassem a acusação, bem como confissão extrajudicial". Aduz, portanto, ausência de justa causa para prosseguimento da persecução penal.

Destaca que a ínfima quantidade de entorpecentes é incompatível com traficância, melhor amoldando-se a conduta ao art. 28 de Lei de Drogas; e que o decreto de prisão não contém fundamentação idônea, por basear-se em elementares do tipo, e que a medida ofende ao princípio da homogeneidade. Relembra a excepcionalidade das

custódias preventivas diante do quadro pandêmico atual.

Em liminar, busca a expedição de alvará de soltura, para aguardar em liberdade o julgamento do *habeas corpus*; no mérito, requer seja mantida a rejeição da denúncia, desclassificada a conduta, ou concedida a liberdade provisória.

Indeferida a liminar e prestadas informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo "não conhecimento, na parte substitutiva de recurso especial; na parte originária, pela denegação" (fl. 74).

Da inicial acusatória extrai-se o seguinte (fl. 18):

Segundo apurado, nas circunstâncias de tempo e espaço supramencionadas, policiais militares rondavam pelo local dos fatos, quando surpreenderam o denunciado caminhando em via pública. Ao notar a presença dos policiais demonstrou nervosismo e por isso fora abordado.

Os policiais encontraram em poder do agente uma bolsa contendo a totalidade dos entorpecentes acima descritos, tal como a quantia de R\$49,50 (quarenta e nove reais e cinquenta centavos) em dinheiro.

O intuito de traficância está demonstrado pelas circunstâncias da abordagem e por meio da quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos juntamente com o numerário em dinheiro em notas trocadas (fls. 26).

O juízo de primeiro grau rejeitou a denúncia nestes termos (fls. 20-23):

Ausente justa causa para o recebimento da denúncia.

A autoridade policial que recebeu o flagrante limitou-se às informações fornecidas pelos policiais militares para a conclusão do inquérito, ou seja, **não existiu atividade investigativa. O flagrante, na situação dos autos, é presuntivo e não caracteriza tráfico de entorpecente.**

Não houve apreensão de significativa quantidade de drogas e os policiais não presenciaram o indiciado em atos de mercancia ilícita, tampouco a denúncia descreve tais atos. Ausentes também testemunhas civis que corroborassem a acusação, bem como confissão extrajudicial. Em nenhum momento o acusado assumiu eventual traficância perante os policiais ou perante a autoridade policial. Outrossim, não existiram apreensão de apetrechos correlatos ao crime, como anotações, balanças de precisão, vultosa quantia em dinheiro, etc.

[...]

A abordagem de alguém com drogas na via pública não pode se convalidar em prova absoluta para o tráfico. É questão crucial nas acusações de mercancia ilícita, onde, infelizmente, presunções sobrepõem presunções. No afã punitivo, como se fosse a única forma de atuação do Estado, o Legislador faz sua parte, ampliando inconstitucionalmente o núcleo do tipo penal e determinando que atos preparatórios sejam punidos como crimes consumados. O Judiciário complementa a errônea política criminal, chamando para si o embuste, qual seja, condenando qualquer conduta suspeita como ato concreto de comercialização.

[...]

Assim, do que se depreende da dogmática penal, a única forma de diferenciação

entre as condutas seria a comprovação do dolo específico de consumo pessoal (art. 28)(grifo pessoal). Em não ficando demonstrado este especial fim de agir(idem), qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade do dolo. Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, todas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado.

Propõe-se, portanto, como critério interpretativo de correção da desproporcionalidade no tratamento punitivo de condutas objetivamente idênticas, mas díspares no que tange à ofensividade ao bem jurídico, a necessidade de especificação dos elementos subjetivos de ambos os tipos penais, seja do art. 33 como do art. 28 da Lei 11.343/06. O raciocínio deve ser realizado de forma negativa, invertendo-se os rumos tradicionais da doutrina e jurisprudência dominantes durante a vigência da Lei 6.368/76. Desta forma, em havendo especificação legal do dolo no art. 28 da Nova Lei de Drogas (especial fim de consumo pessoal), para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de proporcionalidade e de ofensividade, igualmente deve ser pressuposto da imputação das condutas do art. 33 o dolo específico (desígnio mercantil). Do contrário, em não havendo esta comprovação ou havendo dúvida quanto á finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28”.

Fica claro que somente a comprovação da posse de uma, dez ou mais porções de droga é elemento precário para a demonstração do especial fim de agir.

Muitos argumentam que devem ser criminalizados os indivíduos flagrados com entorpecentes em quantidade superior ao consumo próprio. Mas, de se perguntar: se consumo é algo pessoal e subjetivo, que quantidade seria essa? E se o consumo for prolongado no tempo, como diferenciar as situações? E se o sujeito flagrado disser que com a droga visava o uso compartilhado previsto no parágrafo terceiro do art. 33/CP?

Assim, ao flagrante devem ser somados demais elementos de convicção para a caracterização do especial fim de agir. Em não havendo confissão, de rigor a comprovação do dolo específico, sob pena de rejeição da denúncia, absolvição ou desclassificação da conduta. E como circunstância incriminatória não valem os antecedentes do acusado. Para aqueles com condenações anteriores a cautela do julgador é ou deve ser ainda maior, sob pena de transmutar o Direito Penal do Fato em famigerado Direito Penal do Autor.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, recebeu a denúncia com a seguinte fundamentação (fls. 28-30):

A denúncia oferecida pelo Ministério Público às págs. 71/73 preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, contendo a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-

lo, a classificação do crime e o rol das testemunhas.

Há prova, ademais, da materialidade do fato penal imputado ao acusado, consistente no auto de exibição e apreensão de págs. 10/11, auto de constatação de págs. 17/22 e laudo toxicológico de págs. 122/124.

Quanto aos indícios de autoria, igualmente presentes, diante dos relatos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do recorrido em posse dos entorpecentes descritos na inicial (págs. 04 e 05).

Destaca-se que, atendidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, o juízo, ao decidir sobre o recebimento da inicial, deverá ater-se à verificação da existência de prova da materialidade delitiva e suficientes indícios de autoria, não sendo necessário o revolvimento exauriente de provas, e tampouco certeza da autoria delitiva.

[...]

Na hipótese dos autos, o juízo a quo, ao rejeitar a denúncia por ausência de justa causa, reconheceu não haver nos autos prova do dolo específico de mercantilizar os entorpecentes apreendidos, questão essa, contudo, cuja apuração se constitui em objeto da instrução processual, a ser realizada após o devido recebimento da inicial. Ressalta-se, ademais, que a destinação da droga para consumo pessoal sequer fora invocada pelo recorrido em sua oitiva na fase inquisitorial (pág. 06).

Necessário, assim, que seja reformada a decisão recorrida para receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público, determinando-se a instauração e regular processamento da ação penal deflagrada.

Como se vê, o Tribunal de Justiça concluiu pela viabilidade da persecução penal destacando o preenchimento dos requisitos elencados no art. 41 do CPP. Destacou que a comprovação de dolo específico de mercancia deve ser apurada no curso da instrução processual, e que a possibilidade de desclassificação nem "sequer fora invocada pelo recorrido em sua oitiva na fase inquisitorial".

Contudo, nos termos da jurisprudência desta Corte, a referência a elementos subjetivos — como o nervosismo do paciente ao notar a presença dos policiais — não justifica a busca pessoal sem prévia autorização judicial, como no caso.

"A revista pessoal sem prévia autorização judicial somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; ou objetos necessários à prova de infração, na forma do disposto no § 2º do art. 240 e no art. 244, ambos do Código de Processo Penal, não constituindo "fundada suspeita" o mero nervosismo apresentado pelo acusado" (AgRg no HC 693.574/MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/12/2021).

No mesmo sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE "ATITUDE SUSPEITA". INSUFICIÊNCIA. ILCITUDE 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.

[...]

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, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 25/4/2022).

Ante o exposto, concedo o ***habeas corpus*** para, com a devida vênia da Corte de origem, restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 23 de setembro de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator