



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000620927

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante PAULO GHERARDI MARINHO NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria, **NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso. Vencido o Relator sorteado, Exmo. Des. Marcelo Semer, que declara., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO, vencedor, MARCELO SEMER (Presidente), vencido, MARCELO SEMER (Presidente) E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 8 de agosto de 2022.

XISTO RANGEL
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535

Comarca: Santa Isabel

Apelante: Paulo Gherardi Marinho Neto

Apelada: Justiça Pública

Juiz: Carlos Eduardo de Moraes Domingos

Voto nº: 7826

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Abordagem e busca pessoal que estão justificadas, pois de acordo com a lei: fundada suspeita (art. 244 do CPP). Policiais que apontaram de forma segura que, ao visualizar a aproximação da guarnição, o acusado, que se encontrava sentado em uma guia num local conhecido como ponto de tráfico, adotou atitude evasiva, denotadora de fundada suspeita de que tivesse algo ilegal consigo. Desnecessidade, inclusive diante do encontro de drogas com ele e de ser desmentido quanto a estar em outro local, que os policiais expusessem de forma mais elaborada a suspeita que os levara à revista pessoal, que, bom que se diga, independe de mandado judicial e pode ser realizada a qualquer momento, mesmo que não se trate de situação de flagrante (não há que se confundir busca pessoal com busca domiciliar). Expertise policial que merece ser prestigiada, assim como são os depoimentos dos agentes da lei. Prova segura da autoria e materialidade. Condenação bem aplicada, merecendo, a r. sentença, ser ratificada na forma do art. 252 do Regimento Interno inclusive no que tange à dosimetria, fixada com critério. Recurso não provido.

Peço licença para reproduzir o relatório do r. voto do eminente relator sorteado:

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 195/202, que julgou procedente a ação penal, para condenar o réu Paulo Gherardi Marinho Neto a cumprir 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar e 583 dias-multa, no piso legal, por infração à norma do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Em suas razões recursais (fls. 205/211), a defesa sustentou, em síntese, que (i) insuficientes são as provas no caso, havendo inegável dúvidas quanto à autoria, conforme os depoimentos prestados e provas colhidas; (ii) a negativa do réu é corroborada pelos depoimentos das testemunhas de defesa, quanto a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ausência de revista pessoal efetuada. Pleiteou a absolvição do réu, nos termos do art. 386, VII, do CPP e, subsidiariamente, a fixação da pena no seu patamar mínimo.

Contrarrazões às fls. 219/220.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 257/259 pelo desprovimento do recurso.

Eis o relatório.

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 respeitosamente 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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:

Pessoas virtuosas de todo o mundo, ou ao menos na parte do mundo suscetível a entusiasmos morais e aos prazeres da culpa, tentam expurgar todo e qualquer preconceito de suas mentes, e saem mundo afora todas as manhãs com a mente fresca sabor hortelã, uma tábula rasa, da qual foram eliminados o conhecimento prévio e a experiência das pessoas e das coisas. É como se a vida virtuosa exigisse que se vivesse cada momento como se o mundo fosse recriado novamente, e nenhum momento tivesse qualquer conexão com qualquer outro momento – cada minuto, cada segundo, cada fração de segundo ontologicamente separados. Em certo sentido, sem dúvida, é de fato uma grande virtude reter habilidade de se deixar surpreender novamente pelo mundo, e não ficar tão plantado na experiência e pelo cansaço da carne, de modo que o mundo se torne previsível e aborrecido. Mas caso encontrássemos um homem que expressasse espanto por janeiro estar mais frio do que julho (no hemisfério norte), e que insistisse em chamar nossa atenção para esse fato extraordinário, tomá-lo-íamos no mínimo como um tolo, e possivelmente como um louco. O modo mais eficiente de se tornar um chato, disse Voltaire, é dizer tudo – ou seja, supor que nada pode ser dado como sabido...¹

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 palavrório 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

¹ Theodore Dalrymple: “Em defesa do Preconceito. A necessidade de se ter ideias preconcebidas”. “É Realizações editora, 2015, p. 91.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Rogério 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, embebidos 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.²

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.³

Eis mais uma forma de culpar a sociedade pelas agressões

² Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>> (acesso em 29/06/2018). Voto proferido no RE 635659/SP.

³ Ver menção em SHECAIRA, Sérgio Salomão, “**Criminologia**”, RT, 6ª edição, 2ª tiragem, 2014, p. 258.

cometidas contra ela própria⁴. 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 **racialismo**. Ele não serve à análise adequada de toda e qualquer situação, menos ainda quando apoiado só em **simplória associação monofatorial**.

⁴ Ver a respeito a notícia publicada no site G1, política, a respeito de absolvição de traficante detido com 6 kg de cocaína no aeroporto de Brasília. O juiz teria entendido, segundo se afirma, que não haveria como culpar o réu, já que suas condições pessoais e familiares (dificuldades econômico-financeiras) não teriam permitido que ele agisse de outro modo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2018/07/27/juiz-absolve-equatoriano-presos-com-quase-6kg-de-cocaina-no-aeroporto-de-brasil.html>>.

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 singelo 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”⁵. 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:

STJ - *...esta Corte tem entendimento firmado de que os*

⁵ NISBETT, Richard – “MINDWARE, Ferramentas para um Pensamento mais Eficaz”, ed. Objetiva, 2018, p. 239.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese - [AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC](#).

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 presenciaram⁶ - e logicamente não filmaram⁷ -, 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.

⁶ Assim como se costuma afirmar não se poder olvidar que o juiz, mesmo quando emprega expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si, não sendo necessário que a decisão seja extensa ou que possua minudência exaustiva, também se pode afirmar quanto ao policial que justifica a fundada suspeita para a abordagem do suspeito, notadamente quando o seu resultado for positivo, ou seja, confirmatório do acerto da suspeição.

⁷ Nem todo policial está equipado com body-cam. E, mesmo assim, há percepções fugazes e que extrapolam o campo de captura de imagens dos aparelhos de reprodução visual. E a LEI, por ora, não exige como condição validadora da atuação da polícia, que ela seja registrada em filme.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quanto ao mais, a prova do aspecto material do crime encontra estofa no laudo encartado a fl. 103/114, que confirmou a constatação preliminar.

Não foi muita droga, mas também não foi pouca que justificasse que o réu, pessoa já condenada por tráfico, então a tivesse, naquele local e circunstâncias (apreensão de dinheiro trocado e diversas porções embaladas individualmente), somente para consumi-la.

A autoria, como visto, é demonstrada, não servindo a afastá-la a menção ao que disseram as testemunhas de defesa. Como dito na r. sentença, cujos fundamentos ficam aqui ratificados na forma do art. 252 do Regimento Interno, nada disseram que infirmasse a diligência policial.

Note-se que as testemunhas não presenciaram propriamente a revista feita no acusado, que se deu fora do bar, não dentro dele como quis fazer crer o acusado quando foi interrogado.

Friso: o réu a um lado afirma ter sido abordado pelos policiais dentro do bar, onde só assistia a um jogo e tomava uma cerveja. A testemunha Cosmo, por ele arrolada diz que a abordagem do réu se deu fora do bar, sem fazer qualquer referência ao fato de ele se encontrar no bar a tomar cerveja ou a assistir a um jogo, tanto que o senhor Cosmo, proprietário do bar, disse que já o estava fechando.

Enfim, com o devido respeito à divergência, o voto é no sentido de que a prova seja tomada como válida e, por conseguinte, ao analisá-la, eu mantenho a condenação com os mesmos fundamentos da sentença.

Vejamos a dosimetria.

A pena base foi fixada corretamente no mínimo, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

A reincidência acarretou um aumento de 1/6 que as elevou a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, nível no qual ficou definida à míngua de outras circunstâncias a serem consideradas.

Não reconheço atenuante da confissão. O réu não confessou a prática delitiva em juízo. Nem o fizera na presença da autoridade policial, como se pode verificar a fl. 12.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E não era caso mesmo de aplicar o redutor, pois a reincidência inclusive é específica, como se pode perceber da certidão de fl. 183, assim acabando por justificar, inclusive, o regime escolhido, o fechado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, ficando mantida, a r. sentença recorrida, na sua integralidade.

XISTO RANGEL
RELATOR DESIGNADO



Voto nº 21210
Apelação Criminal nº 1500559-92.2021.8.26.0535
Comarca: Santa Isabel
Apelante: PAULO GHERARDI MARINHO NETO
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 195/202, que julgou procedente a ação penal, para condenar o réu Paulo Gherardi Marinho Neto a cumprir 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar e 583 dias-multa, no piso legal, por infração à norma do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Em suas razões recursais (fls. 205/211), a defesa sustentou, em síntese, que (i) insuficientes são as provas no caso, havendo inegável dúvidas quanto à autoria, conforme os depoimentos prestados e provas colhidas; (ii) a negativa do réu é corroborada pelos depoimentos das testemunhas de defesa, quanto a ausência de revista pessoal efetuada. Pleiteou a absolvição do réu, nos termos do art. 386, VII, do CPP e, subsidiariamente, a fixação da pena no seu patamar mínimo.

Contrarrazões às fls. 219/220.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 257/259 pelo desprovemento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Conquanto tenha prevalecido a posição do D. Desembargador Revisor e do terceiro juiz, que, vencedores, negaram provimento ao recurso e mantiveram a condenação, meu voto era pelo provimento do recurso defensivo, reconhecendo a nulidade da revista pessoal realizada, bem como da prova dela derivada, e absolver Paulo Gherardi Marinho Neto do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O acusado foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, pois, 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), substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização legal ou regulamentar.

Segundo consta da peça acusatória, policiais militares em patrulhamento observaram o acusado que demonstrou nervosismo ao perceber a presença da viatura, motivo pelo qual o abordaram. Durante a revista pessoal apreenderam 01 papelote com cocaína e 29 pedras de crack que estavam na cueca, além de localizarem R\$ 472,00, em espécie e um telefone celular. Indagado, Paulo teria confessado estar traficando.

Após instrução probatória, sobreveio a r. sentença condenatória.

Entretanto, respeitado o entendimento esposado pelo MM. Juiz *a quo*, a sentença comporta reforma.

Vejamos.

Em juízo, foram ouvidos os policiais militares, Ednaldo Barbosa Santana e Fernando da Silva Liberto, que relataram que estavam em patrulhamento em local conhecido pelo tráfico de drogas, quando avistaram Paulo sentado numa guia, em frente a um bar, que, ao notar a presença policial, levantou e começou a caminhar, motivo pelo qual foi abordado. Em revista pessoal encontraram R\$ 472,00 em notas trocadas e um celular. Paulo dissera aos agentes que o dinheiro era fruto de serviço de pedreiro, mas, feita a revista minuciosa, foram encontrados dentro da cueca dele, um papelote de cocaína e 29 pedras de crack, confessando, o acusado, a partir de então que estava na prática de venda de entorpecentes. Aduziram, ainda, que Paulo colaborara com a abordagem policial.

O réu, por sua vez, negou a prática do delito, dizendo que estava dentro do bar, tomando cerveja e assistindo ao jogo, quando viu um rapaz passar correndo e em seguida a viatura. Os policiais retornaram, revistaram o bar e também a ele. Afirmou que o dinheiro era fruto de seu trabalho com venda de doces e salgados e que o documento que lhe foi solicitado foi entregue aos policiais, que também indagaram sobre suas passagens. Quanto às drogas, os policiais falaram que o rapaz que correria tinha deixado uma bolsinha com entorpecentes, e iriam levar o acusado pelo tráfico de drogas. Recusou-se a entrar na viatura, pois em nenhum momento os policiais mexeram em sua cueca e não estava com nada. Os donos do bar viram o rapaz que passou correndo e presenciaram a revista realizada em que nada com o réu fora localizado.

Do cenário aqui vislumbrado, entendo pela ilicitude da revista pessoal realizada pelos policiais militares no acusado, nos termos do que dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal (“*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”).

Explico.

Segundo o art. 244, do Código de Processo penal, que “**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**”.

Todavia, analisando os depoimentos dos policiais militares, não se verifica que do comportamento apresentado pelo acusado na data dos fatos, possa ter eles inferido pela existência de “fundada suspeita” de que ele trazia com ele algo ilícito, a ensejar a realização de revista pessoal, inclusive, “a minuciosa”.

Não se pode perder de vista, que a busca pessoal deve ser motivada pelas circunstâncias concretas do caso, ou seja, necessário que haja

forte justificativa a subsidiá-la, não se prestando a tanto, o simples argumento de que o acusado demonstrava “*nervosismo, ao perceber a presença da viatura*”, como descrito na denúncia, ou, por ter ele se levantado e caminhado, como relataram os policiais em juízo.

Sequer autorizaria à medida, alegação de fundada suspeita genérica, sendo, em verdade, imprescindível que a fundada suspeita esteja vinculada ao fato de estar o indivíduo na posse de algo ilícito (de arma, objeto ou papéis que constituam corpo de delito).

Portanto, deve haver justa causa específica a indicar a necessidade da busca pessoal, e não o inverso como, como no caso em apreço, abordagem e busca pessoal visando especular indiscriminadamente, sem qualquer objetivo pré-definido.

Insta, ainda, consignar que, diante de práticas abusivas e arbitrárias por parte de forças policiais, especialmente em comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda, entender plausível a realização de revistas pessoais com base na mera intuição policial sobre eventual prática de crime, significaria endossar a ilegalidade de revistas exploratórias, invasivas e constrangedoras, sem objetivo probante ou mesmo justa causa factível.

Aliás, neste mesmo sentido, importante decisão foi recentemente proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

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

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

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

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP.

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

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

6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal - vulgarmente conhecida como “dura”, “geral”, “revista”, “enquadro” ou “baculejo” -, além da intuição baseada no tirocínio policial: a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos

fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes; b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis; c) evitar a repetição - ainda que nem sempre consciente - de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

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

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

9. *A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros “tribunais de rua” - cotidianamente constroem os famigerados “elementos suspeitos”*

com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.

10. Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas", finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso - em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP - reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

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

12. Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da "porta de entrada" no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a pretexto de combater a criminalidade,

encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público - a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e o papel de custos iuris -, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

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

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

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

16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo. (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

Desta feita, não ficou evidenciada a fundada suspeita para a abordagem e conseqüente revista pessoal, sendo insuficientes as justificativas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apresentadas pelos policiais militares, consoante disciplina do art. 244, do CPP.

Nem se diga que o fato de terem sido encontradas drogas com o acusado ao final possa convalidar a ilegalidade praticada, pois, como destacado no acórdão do julgado supramencionado “*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*”.

Em resumo, considerando que, *in casu*, inexistiam elementos a revelar a fundada suspeita de que o acusado tinha em sua posse drogas a justificar a abordagem e busca pessoal, seria de rigor reconhecer a ilicitude deste ato, em razão da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais e por estar em desacordo com a lei vigente (art. 244, CPP), bem como de todas as provas colhidas na operação, em decorrência da “*teoria dos frutos da árvore envenenada*” (art. 157, §1º, CPP).

Segundo explica a doutrina, “*a posição mais razoável e que melhor garante os direitos individuais é aquela que reconhece que a ilicitude da obtenção da prova se transmite às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo. Não se pode admitir a utilização da prova ilícita por derivação, sob pena de burlar a própria inadmissibilidade da prova ilícita*” (in Processo penal [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

Ante o exposto, pelo meu voto, dava provimento ao recurso para, reconhecendo a nulidade da revista pessoal realizada, bem como da prova dela derivada, absolver Paulo Gherardi Marinho Neto do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, determinando, por fim, a expedição de alvará de soltura clausulado.

MARCELO SEMER



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relator (vencido)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	12	Acórdãos Eletrônicos	XISTO ALBARELLI RANGEL NETO	1B40775F
13	22	Declarações de Votos	MARCELO SEMER	1B430D4E

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1500559-92.2021.8.26.0535 e o código de confirmação da tabela acima.