



conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “QUE AO PASSAR PELA RUA SANTA TERESA, QUADRA 4, **AVISTOU AO LONGE UM INDIVÍDUO DE COR NEGRA QUE ESTAVA EM CENA TÍPICA DE TRÁFICO DE DROGAS, UMA VEZ QUE ELE ESTAVA EM PÉ JUNTO O MEIO FIO DA VIA PÚBLICA E UM VEÍCULO ESTAVA PARADO JUNTO A ELE COMO SE ESTIVESSE VENDENDO/COMPRANDO ALGO**” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM **UM INDIVÍDUO NEGRO QUE "SERVIA" ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA**”.

5. **A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente.** Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, **a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.**

6. **Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar,** concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

7. **Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele,** como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, **acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal.**

9. **Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito.**

10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a Sexta Turma não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício, quanto à ilegalidade da busca pessoal, à mingua de fundada suspeita.

9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, inclusive de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Relator quanto à concessão da ordem de ofício, para reconhecer a nulidade das provas e absolver o paciente.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator quanto à concessão da ordem para redimensionar a pena e, de ofício, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Brasília, 14 de setembro de 2021.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 660930 - SP (2021/0116975-6)

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PEDRO HENRIQUE PEDRETTI LIMA - RJ210737  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : [REDACTED] (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. 1,53 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM FUNDAMENTO EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE QUE DEVE PREVALECER SOBRE A REINCIDÊNCIA, PERMITINDO FIXAR REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIR A REPRIMENDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE.

**AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA.**

1. A *avaliação* negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que *eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte* (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019 - grifo nosso).

2. A ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo

perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência.

3. Ordem concedida para redimensionar a pena, com modificação do regime e reconhecida a possibilidade de substituição da pena por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

4. **Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro** conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “QUE AO PASSAR PELA RUA SANTA TERESA, QUADRA 4, AVISTOU AO LONGE UM INDIVÍDUO DE COR NEGRA QUE ESTAVA EM CENA TÍPICA DE TRÁFICO DE DROGAS, UMA VEZ QUE ELE ESTAVA EM PÉ JUNTO O MEIO FIO DA VIA PÚBLICA E UM VEÍCULO ESTAVA PARADO JUNTO A ELE COMO SE ESTIVESSE VENDENDO/COMPRANDO ALGO” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE "SERVIA" ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA”.

5. **A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente.** Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, **a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.**

6. **Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar,** concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

7. **Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele,** como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, **acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal.**

9. **Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito.**

10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a Sexta Turma não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício, quanto à ilegalidade da busca pessoal, à mingua de fundada suspeita.

9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas

medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

## RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de [REDACTED] representado pela Defensoria Pública de São Paulo, contra o acórdão de apelação proferido pelo Tribunal de Justiça local nos autos da Ação Penal n. 1500526-56.2020.8.26.0594, que manteve incólume a sentença condenatória.

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal de Bauru/SP condenou o paciente a **7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão**, em regime fechado, além do pagamento de 793 dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado com **1,53 gramas de cocaína** para fins de tráfico.

A defesa aponta, na presente impetração, constrangimento ilegal na dosimetria da pena, por conta da valoração negativa da circunstância judicial da personalidade com base em antecedentes criminais; pela impossibilidade de o juiz reconhecer agravantes não indicadas pelo Ministério Público; e pela impossibilidade de aplicação da agravante do art. 61, II, *j*, do Código Penal (crime praticado em contexto de calamidade pública).

Deferida a medida liminar (fls. 325/329) e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem, em parecer assim resumido (fl. 340):

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CABIMENTO. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NA AVALIAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. FUNDAMENTO INVÁLIDO. PRECEDENTES DO STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL.**

**PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, 'J', DO CP (PRÁTICA DO DELITO DURANTE SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA – PANDEMIA DA COVID-19). VIABILIDADE. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA E A PRÁTICA DO DELITO. INVIABILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA.**

**INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INVIABILIDADE. NÃO SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES.**

**ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA**

PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 33, § 2º, "B", E 44, I E II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM REQUERIDA, PARA REDUZIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL E AFASTAR A AGRAVANTE DE CRIME COMETIDO DURANTE SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA, REVOGANDO-SE, QUANTO AO MAIS, A LIMINAR CONCEDIDA.

É o relatório.

## VOTO

Na hipótese em análise, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade capaz de justificar o conhecimento deste *writ* substitutivo de recurso especial.

Com efeito, o paciente foi flagrado na posse de **1,53 g de cocaína**, ínfima quantidade de drogas, mas que ensejou na aplicação, pelas instâncias ordinárias, de reprimenda que ultrapassou 7 anos de reclusão, em regime fechado, o que, além de configurar flagrante ilegalidade, ante a manifesta desproporcionalidade, causa bastante estranheza.

Ao que se observa dos autos, há incongruência na descrição fática constante da denúncia e da sentença, sugerindo que o paciente teria fugido e/ou corrido da abordagem policial, motivo pelo qual lançarei mão dos fatos narrados no Auto de Prisão em Flagrante (fl. 29 - grifei):

[...] CONDUCTOR E PRIMEIRTA TESTEMUNHA [...] POLICIAL MILITAR [...] Que nesta manhã estava em patrulhamento pela região oeste da cidade e ao se dirigir ate o bairro [...] **avistou ao longe um indivíduo de cor negra que estava em via pública e um veículo estava parado junto a ele como se estivesse vendendo/comprando algo; que o indivíduo ao perceber a aproximação da viatura policial mudou o semblante e saiu andando sorrateiramente jogando algo no chão;** que o veículo que estava parado teve marcha iniciada repentinamente e o motorista saiu do local, [...] aquele local é conhecido ponto de tráfico de drogas e ainda nesta data, [...] que acabou abordando o indivíduo e o reconheceu por sempre estar naquela localidade, sabendo que é um participante em crimes de tráfico naquele local; **que em revista pessoal acabou localizando 5 pinos de cocaína que estavam no bolso da calça de moletom, sendo que no outro bolso da mesma vestimenta estavam R\$ 80,00; que pode observar que no chão próximo havia vários pinos idênticos aos encontrados com o indivíduo, só que com a queda no chão os mesmos acabaram se abrindo e vazando seu conteúdo, impossibilitando assim o recolhimento do conteúdo por ser um pó muito fino e em quantidade que é impossível a arrecadação, que em seguida conduziu o investigado até este plantão policial**

Não obstante a ínfima quantidade da droga apreendida, o Magistrado singular realizou a dosimetria da pena da seguinte forma: na primeira etapa, anotou

como desfavoráveis as circunstâncias judiciais, por considerar que *o acusado possui personalidade distorcida, vez que registra condenações criminais transitadas em julgado* (fl. 237), exasperando em 1/6 a pena-base (5 anos e 10 meses).

A segunda etapa teve a majoração em 1/6 para duas situações - reincidência e delito cometido em época de calamidade pública (art. 61, II, *j*, do Código Penal) -, resultando na reprimenda de 7 anos, 11 meses e 8 dias.

Na terceira fase, a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada por conta das anotações criminais existentes, bem como em razão da quantidade das substâncias apreendidas e as circunstâncias do delito indicarem a dedicação à atividade criminosa de comércio ilícito de drogas.

Entretanto, a meu ver, a dosimetria posta na sentença, mantida pelo Tribunal de Justiça bandeirante, é manifestamente ilegal e desproporcional.

Explico.

A valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que *eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência **somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.** Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte* (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019 - grifo nosso).

Ademais, **a ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência.**

Nesse sentido, destaco o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que ***a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da***



**reprimenda na primeira fase da dosimetria.** (AgInt no HC n. 403.668/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/11/2017 – grifo nosso).

Confira-se, ainda: HC n. 406.150/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 31/8/2017.

Outrossim, a situação de pandemia da Covid-19 não pode justificar um aumento de pena no presente caso, sobretudo considerando que o crime, em si, não está diretamente relacionado a essa circunstância de calamidade em questão, situação diferente de quando um delito é praticado durante um incêndio, naufrágio ou inundação, por exemplo.

Ademais, aplicar a referida agravante a qualquer delito praticado durante este período da pandemia configuraria inadmissível responsabilidade objetiva (HC n. 650.859/SP).

Por conseguinte, devem ser afastadas as exasperações acima referidas (primeira fase: valoração negativa da personalidade, e segunda etapa: calamidade), mantendo-se, apenas, o incremento decorrente da reincidência na segunda fase da dosimetria.

Nesse contexto, passo a calcular a reprimenda. Na primeira etapa, excluída a valoração negativa feita pelas instâncias ordinárias, diante dos fundamentos acima expostos, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Em segunda fase, mantenho a reincidência anotada na sentença condenatória, impondo o acréscimo de 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 550 dias-multa.

Na terceira etapa, diante da ínfima quantidade da droga apreendida (**1,53 g de cocaína**), que não justifica afastar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aplico-a no patamar intermediário (1/2), diante da existência de anotações criminais não valoradas na segunda fase, tornando **a pena definitiva em 2 anos e 11 meses de reclusão e 250 dias-multa.**

Pelo mesmo fundamento da ínfima quantidade de droga apreendida, que deve prevalecer sobre a reincidência, **concedo a ordem de ofício** para fixar o regime

aberto e, levando em consideração que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 101.291/SP (DJe 12/2/2010), **substituo a reprimenda por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.**

Não obstante isso, destaco aos Senhores Ministros que a ínfima quantidade de drogas, 1,5 gramas de cocaína, flagrada com o paciente, me levou a analisar o Auto de Prisão em Flagrante, para verificar as circunstâncias da abordagem policial que, diante dos elementos probatórios colhidos, ensejaram a segregação cautelar e a condenação do ora paciente.

O depoimento do condutor do flagrante, policial militar do Estado de São Paulo, trouxe-me um questionamento sobre a **fundada suspeita** da ocorrência de crime, justificadora da busca pessoal realizada no paciente, que me fez trazer o presente feito à apreciação da Sexta Turma, diante da seriedade da questão (fl. 29 – grifo nosso):

**QUE NESTA MANHÃ ESTAVA EM PATRULHAMENTO PELA REGIÃO OESTE DA CIDADE E AO SE DIRIGIR ATÉ O BAIRRO FORTUNATO ROCHA LIMA PARA ATENDIMENTO DE UMA OCORRÊNCIA ACABOU PASSANDO PELA VILA INDUSTRIAL, QUE ERA O CAMINHO NATURAL PARA SEU DESTINO;**

**QUE AO PASSAR PELA RUA SANTA TERESA, QUADRA 4, AVISTOU AO LONGE UM INDIVÍDUO DE COR NEGRA QUE ESTAVA EM CENA TÍPICA DE TRÁFICO DE DROGAS, UMA VEZ QUE ELE ESTAVA EM PÉ JUNTO O MEIO FIO DA VIA PÚBLICA E UM VEÍCULO ESTAVA PARADO JUNTO A ELE COMO SE ESTIVESSE VENDENDO/COMPRANDO ALGO;**

**QUE O INDIVÍDUO AO PERCEBER A APROXIMAÇÃO DA VIATURA POLICIAL MUDOU O SEMBLANTE E SAIU ANDANDO SORRATEIRAMENTE JOGANDO ALGO NO CHÃO; QUE O VEÍCULO QUE ESTAVA PARADO TEVE MARCHA INICIADA REPENDINAMENTE E O MOTORISTA SAIU DO LOCAL, PODENDO AFIRMAR QUE ERA UM VEÍCULO DE COR CLARA, UMA VEZ QUE FIXOU SUA ATENÇÃO NO INDIVÍDUO, ATÉ PORQUE AQUELE LOCAL É CONHECIDO PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS E AINDA NESTA DATA, DURANTE A MADRUGADA E AINDA PELA MANHÃ, HOVE A PRISÃO DE VÁRIOS INDIVÍDUOS TRAFICANDO DROGAS NAQUELE LOCAL;**

**QUE ACABOU ABORDANDO O INDIVÍDUO E O RECONHECEU POR SEMPRE ESTAR NAQUELA LOCALIDADE SABENDO QUE É UM PARTICIPANTE EM CRIMES DE TRÁFICO NAQUELE LOCAL; QUE EM REVISTA PESSOAL ACABOU LOCALIZANDO 5 PINOS DE COCAÍNA QUE ESTAVAM NO BOLSO DA CALÇA DE MOLETOM, SENDO QUE NO OUTRO BOLSO DA MESMA VESTIMENTA ESTAVAM R\$ 80,00; QUE PODE OBSERVAR QUE NO CHÃO PRÓXIMO HAVIA VÁRIOS PINOS IDÊNTICOS AOS ENCONTRADOS COM O INDIVÍDUO, SÓ QUE COM A QUEDA NO CHÃO OS MESMOS ACABARAM SE ABRINDO E VAZANDO SEU CONTEÚDO,**

IMPOSSIBILITANDO ASSIM O RECOLHIMENTO DO CONTEÚDO POR SE UM PÓ MUITO FINO E EM QUANTIDADE QUE É IMPOSSÍVEL A ARRECADAÇÃO; QUE EM SEGUIDA CONDUZIU O INVESTIGADO ATÉ ESTE PLANTÃO POLICIAL.

O seu parceiro de atividade policial assim apresentou sua versão dos fatos (fl. 30 – grifo nosso):

**QUE NESTA MANHÃ ESTAVA EM COMPANHIA DE SEU COLEGA DE FARDA E SE DIRIGIAM AO BAIRRO FORTUNATO ROCHA LIMA PARA ATENDER UMA OCORRÊNCIA; QUE NO CAMINHO PASSARAM PELA VILA INDUSTRIAL, POR UM CONHECIDO PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS, ATÉ PORQUE ERA O CAMINHO QUE TINHAM QUE FAZER;**

**QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE "SERVIA" ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA;**

**QUE O INDIVÍDUO AO VER A APROXIMAÇÃO DA VIATURA POLICIAL SAIU ANDANDO SORRATEIRAMENTE E ARREMESSOU ALGO NO CHÃO, ISTO ENQUANTO O MOTORISTA DO CARRO SAIA DO LOCAL RAPIDAMENTE;**

QUE O INDIVÍDUO FOI ABORDADO E QUANDO REVISTADO FORAM LOCALIZADOS NO BOLSO DE SUA CALÇA DE MOLETON 05 PINOS DE COCAÍNA NA E NO OUTRO BOLSO R\$ 80,00; QUE NO CHÃO VIU QUE HAVIAM VÁRIOS PINOS DE COCAÍNA ABERTOS E ESPARRAMADOS SEU CONTEÚDO E ERA OS OBJETOS QUE INDIVÍDUO HAVIA ARREMESSADO AO SOLO QUANDO DA APROXIMAÇÃO DA EQUIPE POLICIAL;

QUE NÃO DEU PARA RECOLHER O PÓ CAÍDO NO CHÃO POR SEREM FINOS E POUCA QUANTIDADE; QUE O INDIVÍDUO É SEMPRE VISTO NAQUEL LOCAL EM ATITUDE SUSPEITA.

Ao que se observa, o que despertou a fundada suspeita do policial militar, a justificar a busca pessoal no paciente, foi **originariamente a cor da pele**, uma vez que ***avistou, ao longe, um indivíduo de cor negra em pé, no meio-fio da via pública, parado junto a um veículo.***

A situação descrita, concernente ao *estar parado no meio-fio, junto a um carro*, ser considerada como conduta típica de tráfico de drogas não será analisada aqui e agora, mas, sim, o fato de o policial militar condutor do flagrante indicar como elemento concreto **indiciário** da fundada suspeita o indivíduo ser da cor negra.

Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, **a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.**

O instituto processual da busca pessoal está previsto no Código de Processo Penal, ao lado da domiciliar, a partir do art. 240, nos seguintes termos:

Art. 240. A busca será domiciliar ou **pessoal**.

§ 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;**
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;**
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;**
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;**
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;**
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.**

§ 2º. **Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.**

Art. 244. **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.**

A respeito do tema, Renato Brasileiro leciona que, *na dicção do Supremo Tribunal Federal, “a fundada suspeita prevista no art. 244 do CPP não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade de revista, em face do constrangimento que causa. A ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”* [STF, 1ª Turma, HC n. 81.305/GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22/02/2002 p. 35] (Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único; 8ª. Ed; Salvador: Ed. JusPodivm, 2020; p. 807 - grifo nosso).

Tal o contexto, no presente caso, também não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita **a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele**, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

Por sua vez, Aury Lopes Júnior anota **rigorosa censura** no sentido de que, *como se não bastasse a amplitude do dispositivo, inclui ainda o legislador a alínea “h” dando uma abertura preocupante aos poderes de busca pessoal aos policiais. A busca pessoal também vai legitimar a busca em automóveis, não havendo qualquer necessidade de ordem judicial. Assim, a autoridade policial poderá proceder à revista pessoal (e nos automóveis, caminhões, ônibus etc.), a qualquer hora do dia ou da noite, sem a necessidade de mandado judicial, bastando, para tanto, que alegue a “fundada suspeita” de que alguém possa estar ocultando (quase que) qualquer coisa* (Lopes Jr., Aury. Direito processual penal; 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019; pg. 631).

No mesmo contexto desabonador, faz ainda questionamentos importantes, ressaltando, quanto à subjetividade conferida pelo legislador aos agentes públicos das forças de segurança pública, que *o problema de medidas assim, com amplo espaço para abusos, poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais. Infelizmente nada disso ocorre e, com ampla complacência dos julgadores, os abusos são frequentes* (op.cit., pg. 631 – grifo nosso).

Não obstante a generalidade arguida pelo autor, o **Superior Tribunal de Justiça tem se debruçado sobre a *quaestio iuris*, e por diversas oportunidades constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar**, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

A Sexta Turma desta Corte, apreciando a matéria, firmou compreensão no sentido de que ***a permissão, portanto, para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiança devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo*** (REsp n. 1.576.623/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 14/10/2019).

A Quinta Turma, no mesmo sentido, ressaltou que o *art. 244 do aludido diploma legal prescreve que "a busca pessoal independerá 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". Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos* (HC n. 552.395/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 5/3/2020 – grifo nosso).

Em reforço, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE PELA GUARDA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. ART. 301 DO CPP. BUSCA PESSOAL EFETUADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal justifica-se quando existente fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. **Na espécie, a busca policial se deu de forma legal, tendo em vista a existência de fundada suspeita de que o paciente estaria transportando droga em seu veículo.** No caso, ao receberem a notícia de que o paciente fazia o transporte de drogas em seu veículo, os guardas municipais primeiro identificaram o referido automóvel e fizeram sinal de parada, o réu se negou a parar e tentou fugir, gerando a suspeita da prática de crime, o que justificou a abordagem. Na sequência, ao finalmente parar o carro, o réu saiu dizendo "ladrão", "perdi". **Além disso, o veículo possuía cheiro de entorpecente**. Tudo isso, motivou a busca veicular, a apreensão do entorpecente e a prisão em flagrante.

4. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC n. 635.303/SP, Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 21/6/2021 – grifo nosso).

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.

1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

**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 indica 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 n. 659.689/DF, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 18/06/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA ILÍCITA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA A BUSCA PESSOAL. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHEAMENTO.**

PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECISÃO MANTIDA.

Conforme jurisprudência consolidada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, **"Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar"** (AgRg no AREsp n. 1.403.409/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.928.223/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 4/6/2021 - grifo nosso)

**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 n. 625.819/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/2/2021 - grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA CONCLUIR PELA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. **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.** Por tal razão, é até irrelevante perquirir se, no caso, a policial militar, por estar de férias, tinha ou não atribuição para a realização do ato, porque, ainda que se entenda, de maneira inequívoca e por força do disposto no art. 144 da Constituição Federal, que policiais militares devem exercer suas funções mesmo quando estejam de férias, fato é que não havia razões concretas que justificassem a adoção da referida medida.

4. **A descoberta, a posteriori, de uma situação de flagrante - apreensão de 48 g de maconha, 4,5 g de crack e 3,5 g de cocaína - não passou de mero**

**acaso, motivo pelo qual não tem eficácia probatória a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional (CF, art. 5º, X).**

[...]

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.576.623/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 14/10/2019)

Reitero, portanto, que não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita **a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele**, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder quanto o racismo.

Dessa forma, tenho como nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal.

Por conseguinte, ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito.

Ante o exposto, **concedo a ordem** de ofício, 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.

Não sendo essa a compreensão da Sexta Turma, **concedo a ordem**, confirmando a liminar outrora deferida, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, **e, de ofício**, estabeleço o regime aberto e determino a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.



# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 660.930 - SP (2021/0116975-6)**

## **ADITAMENTO AO VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Sr. Presidente, apenas alguns esclarecimentos a mais tendo em vista as ponderações apresentadas por Vossa Excelência e pelo Ministro Rogerio Schietti.

Em primeiro lugar, não vejo o uso da expressão 'cor negra' pelos dois policiais responsáveis pela prisão como uma mera descrição da pessoa envolvida, já que nenhuma outra característica (peso, cabelo, roupa, etc.) foi objeto de qualquer referência.

Em segundo lugar, a expressão 'cor negra' foi usada pelos dois policiais e nenhuma outra circunstância relevante foi considerada para justificar a revista pessoal – não havia campana prévia ou denúncia anônima, por exemplo. Não vejo como considerar o fato de o paciente estar em pé, parado ao lado de um carro, como suficiente para que o mesmo fosse abordado e revistado pela polícia, ainda mais se considerarmos que a cena foi vista, segundo o depoimento de um dos policiais, de longe.

De se destacar que só depois da abordagem é que os policiais identificaram o paciente como alguém que habitualmente estava naquela região vendendo drogas. Ou seja, não havia qualquer outra circunstância, a não ser a de o paciente estar parado ao lado de um carro e de ser de cor negra, que justificasse a busca pessoal.

Não vejo como não compreender que esta, a busca, só se deu em razão da cor do paciente. O senso comum me permite chegar a esta conclusão até porque, certamente, se essa cena ocorresse nos Jardins, os policiais, certamente, não teriam se aproximado e abordado o paciente.

Por fim, não vejo um processo 'melhor' para se examinar tal circunstância, até porque, em dez anos de Tribunal, não me lembro de um processo em que a autoridade policial tenha dito, abertamente, que só fez a abordagem do suspeito em razão de sua cor.

# Superior Tribunal de Justiça

Assim, pedindo vênia à divergência, mantenho meu voto na íntegra.



# Superior Tribunal de Justiça

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0116975-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 660.930 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15005265620208260594

EM MESA

JULGADO: 14/09/2021

### Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PEDRO HENRIQUE PEDRETTI LIMA - RJ210737  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ██████████ (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

### CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, inclusive de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Relator quanto à concessão da ordem de ofício, para reconhecer a nulidade das provas e absolver o paciente.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator quanto à concessão da ordem para redimensionar a pena e, de ofício, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.