

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AGTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
AGDO.(A/S) : **DANIELA CRISTINA GEMA**
ADV.(A/S) : **GUILHERME GIBERTONI ANSELMO E OUTRO(A/S)**

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Agravo da Procuradoria-Geral da República. 3. Condenação baseada exclusivamente em supostas declarações firmadas perante policiais militares no local da prisão. Impossibilidade. Direito ao silêncio violado. 4. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. Precedentes. 5. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 04 de maio de 2021.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S) : DANIELA CRISTINA GEMA
ADV.(A/S) : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra a **decisão que concedeu a ordem de ofício**, para tornar **nula declaração firmada perante policiais militares, sem que fosse garantido à agravada o direito constitucional ao silêncio** (eDOC 4).

Na espécie, a recorrente foi presa em flagrante no dia 11.6.2011, após ser abordada em via pública e, com ela, ter sido encontrado *apenas um papete de cocaína*. Em busca de mais drogas, policiais vistoriaram seu veículo, quando encontraram mais *dois papetes*. (eDOC 1, p. 26)

Insatisfeitos, **policiais se dirigiram até a casa da recorrente** e lá encontraram outro papete com peso bruto total de 27,78 gramas e mais R\$ 200,00. (eDOC 1, p. 27)

Ausente prova da mercância, o Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta da paciente para aquela que se amoldava ao tipo do art. 28 da Lei de Drogas. (eDOC 1, p. 81-83)

Inconformada, a acusação interpôs apelação, à qual foi dado provimento, a fim de aplicar a pena do art. 33 da mesma lei, nos seguintes termos:

RHC 170843 AGR / SP

“A r. sentença recorrida deve ser reformada, em que pesem os seus jurídicos fundamentos.

Interrogada em Juízo, DANIELA confirmou a propriedade das drogas, mas alegou que as mesmas seriam destinadas ao seu consumo (mídia de fls. 95).

Os policiais militares MARCOS e LUIZ declararam que havia denúncias anônimas indicando a participação de DANIELA no tráfico de drogas e na data dos fatos a avistaram em atitude suspeita.

Realizaram a abordagem e com ela apreenderam uma porção de cocaína. No veículo em que ela estava apreenderam duas porções da mesma droga, e, em sua casa, outra porção de cocaína. **DANIELA prontamente confessou-lhes a traficância (mídia de fls. 95).**

A testemunha CIBELE, amiga de DANIELA, disse que nunca soube que ela era usuária de drogas (mídia de fls. 95).

A materialidade delitiva restou bem demonstrada nas conclusões periciais de fls. 41/42, atestando a Dra. Perita que a substância apreendida e periciada revelou ser cocaína, com peso líquido de 25,85 gramas, divididas em quatro porções.

Diante destas provas, deve ser decretada a condenação de DANIELA pelo crime tipificado no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, nos exatos termos da Denúncia, posto que ela trazia consigo e mantinha em depósito certa quantidade de cocaína, destinada ao consumo de terceiros.

DANIELA confessou a posse da droga apreendida consigo e a propriedade daquela encontrada em sua casa, alegando, contudo, que as mesmas seriam destinadas ao seu consumo.

É certo que a quantidade com ela apreendida, quatro porções com peso total de 25,85g, já se mostra suficiente a revelar o fim comercial. Para a configuração da traficância não se faz necessária a prisão do agente quando da transação da droga, podendo a figura penal ser admitida com outras provas, como aqui ocorrido, posto que, apesar de declarar-se usuária de drogas, DANIELA mantinha consigo grande quantidade de

RHC 170843 AGR / SP

entorpecentes que indicavam a sua destinação a terceiros”.
(eDOC 1, p. 91)

Concedi a ordem de ofício, porquanto o Tribunal de Justiça reformou a sentença, para condenar a paciente apenas com base na palavra de policiais militares, que *disseram* ter a paciente lhes confessado a mercância, ainda no local da prisão.

Neste agravo, a PGR afirma que *“o pedido deduzido no presente recurso ordinário em habeas corpus possui objeto e causa de pedir idênticos ao HC nº 168.203/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes, protocolado em 20.2.2019), writ anteriormente impetrado perante esta Corte Suprema e que teve a ordem denegada em 13.3.2019 (e subsequente agravo regimental da Defesa desprovido em 31.5.2019), configurando-se, assim, mera reiteração de pedido”*.

Diz que *“o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que ficou comprovado, sim, o tráfico de drogas por parte da agravada, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado pela via do habeas corpus, cujo rito processual é incompatível, repita-se, com o reexame detalhado do conjunto fático-probatório (não ensejando o presente caso mera reavaliação dos elementos utilizados na apreciação dos fatos pelo Tribunal local), providência essa que seria indispensável na espécie”*.

Assevera que *“quanto aos vícios apontados pelo Relator, veja-se que a paciente e seus Defensores jamais vislumbraram quaisquer deles, seja no que diz com o direito ao silêncio, seja quanto a entrada dos policiais na casa da paciente sem autorização judicial. A agravada não suscitou esses vícios e a questão foi decidida originariamente por essa Colenda Corte sem que houvesse decisão do Juízo de primeiro grau, do Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça”*.

Aduz que *“especificamente quanto ao direito ao silêncio, consta do auto de prisão em flagrante que a paciente foi cientificada dos seus direitos, inclusive do direito ao silêncio (fls. 26 e 35), de modo que não houve situação de afronta a direitos que lhe foram constitucionalmente assegurados”*.

RHC 170843 AGR / SP

Arrazoa no sentido de que “a conclusão a que chegou o eminente Relator, de que não se advertiu a agravada do seu direito ao silêncio e que houve invasão ao seu domicílio sem justificativa posterior, não encontra respaldo nos documentos que instruem os autos”.

É o relatório.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No agravo regimental não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada.

Inicialmente, conquanto o presente recurso ordinário verse sobre matéria examinada anteriormente em *habeas corpus*, deve ser ele conhecido, por se tratar de instrumento presente na estrutura recursal constitucional.

Mais a mais, a ordem foi concedida de ofício, exatamente após detida análise dos autos, o que prescinde de requerimento da defesa, donde decorre, por óbvio, a expressão “*de ofício*”.

Sobre o mérito, impressiona este relator a interposição do presente recurso, que impugna o reconhecimento de uma manifesta inconstitucionalidade, como se o membro do Ministério Público ainda fosse reconhecido pelo número de denúncias que oferece ou de condenações que obtém.

Afirma a PGR que “*consta do auto de prisão em flagrante que a paciente foi cientificada dos seus direitos, inclusive do direito ao silêncio (fls. 26 e 35), de modo que não houve situação de afronta a direitos que lhe foram constitucionalmente assegurados*”.

Talvez não tenha a PGR se atentado, mas a agravada foi condenada com base em supostas declarações que firmou perante policiais militares, ainda no local da prisão, antes mesmo de seu ingresso na delegacia. (eDOC 1, p. 89-91)

RHC 170843 AGR / SP

Dito isso, **pouco importa o que ocorreu na delegacia**. *In casu*, a condenação da agravada foi fundamentada em interrogatório clandestino, ainda no local em que recebeu voz de prisão, *verbis*:

“Os policiais militares MARCOS e LUIZ declararam que havia denúncias anônimas indicando a participação de DANIELA no tráfico de drogas e na data dos fatos a avistaram em atitude suspeita.

Realizaram a abordagem e com ela apreenderam uma porção de cocaína. No veículo em que ela estava apreenderam duas porções da mesma droga, e, em sua casa, outra porção de cocaína. **DANIELA prontamente confessou-lhes a traficância (mídia de fls. 95)**”. (eDOC 1, p. 91)

A PGR, em genuíno inconformismo infundado, não apontou de que peça dos autos consta a informação de que os **policiais militares MARCOS e LUIZ** garantiram à agravada, antes de lhe fazerem qualquer pergunta, o direito constitucional ao silêncio.

É certo que os depoimentos prestados pelos policiais envolvidos na prisão do réu são válidos, mas não é essa a questão dos autos.

Não se trata de debate sobre a validade do depoimento prestado pelo policial responsável pela prisão do réu.

Estamos diante, aqui, do reconhecimento da legalidade ou não de um interrogatório informal, sem lavratura de termo, o qual, sequer, sabemos se, de fato, foi realizado.

O policial afirma que o réu fez declarações no momento da abordagem e o teor dessas declarações foi tomado como se elas tivessem sido reduzidas a termo, tivessem ocorrido na presença do advogado e com o respeito às formalidades legais.

RHC 170843 AGR / SP

É que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do paciente, verifica-se que não foi sequer observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio.

Conforme tenho dito, a informação de que o suspeito tem direito ao silêncio **deve ser prestada ao preso pelos policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia**, quando de seu interrogatório formal.

Evidentemente, a todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, impõe-se a importante tarefa de realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

RHC 170843 AGR / SP

O **direito ao silêncio**, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Por seu turno, no julgamento do HC 80.949/SP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, destaco que o STF consignou que a falta da advertência ao direito ao silêncio, no momento em que o dever de informação se impõe, torna ilícita a prova, ao fundamento de que *“o privilégio contra a auto-incriminação nemo tenetur se detegere, erigido em garantia fundamental pela Constituição além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não”*. (HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 14.12.2001) (grifei)

Dito isto, é evidente a obrigação do Estado, por meio da Polícia, de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento de sua prisão efetuada por policial militar, o que não aconteceu no presente caso e de cujo ato emanou a condenação.

Nos autos da Reclamação 33.711, de minha relatoria, DJe 26.8.2019, a Segunda Turma desta Corte reconheceu a nulidade do interrogatório realizado pela Polícia Federal, ao qual ela chamou de “entrevista”,

RHC 170843 AGR / SP

exatamente porque desrespeitados direitos fundamentais relacionados à não autoincriminação. O acórdão restou assim ementado:

“Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal assentou o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízos resultantes de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado 3. Reclamante submetido a ‘entrevista’ durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Direito ao silêncio e à não autoincriminação. **Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de ‘entrevista’, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos** 4. A realização de interrogatório em ambiente Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 118E-CC18-88A3-E86D e senha 5EC0-6281-27F5-E828 Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 28 Ementa e Acórdão RCL 33711 / SP intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu

RHC 170843 AGR / SP

direito. As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas. Precedentes dos casos *Miranda v. Arizona* e *Mapp v. Ohio*, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos . Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas. 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da 'entrevista' realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, §1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças”.

Observe-se que, na tal entrevista, o reclamante daqueles autos após sua assinatura no termo lavrado pela Polícia Federal, enquanto, nestes autos, sequer formalizaram o interrogatório, a evidenciar ilegalidade ainda mais acentuada, de modo a caracterizar verdadeira confissão informal.

Frise-se, ainda, que, para que uma confissão judicial seja legítima, é necessário que haja lavratura de ata, com oposição da assinatura do réu e de seu defensor.

Da forma como foi implementada a condenação do paciente, basta que um magistrado qualquer afirme que o réu lhe confessou o crime informalmente, sendo totalmente desnecessário o registro de tal confissão em ata, já que o magistrado é agente do Estado e, por isso, suas declarações gozam de presunção de veracidade.

Penso que qualquer *suposta* confissão firmada pelo réu, no momento da abordagem, sem observação ao direito ao silêncio, é inteiramente imprestável para fins de condenação e, ainda, invalida demais provas obtidas através de tal interrogatório.

Cumpre lembrar, ainda, o entendimento firmado no julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, citado nos votos que proferi nas ADPFs 395 e

RHC 170843 AGR / SP

444. No caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a acusação não poderia se utilizar de declarações obtidas por agentes policiais após a apreensão ou detenção de acusados, sem a demonstração da utilização de procedimentos que evidenciassem a proteção contra a autoincriminação, prevista na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Registrou-se, como *ratio decidendi*, que a incomunicabilidade existente nos interrogatórios policiais nos Estados Unidos constituiria um ambiente intimidatório que diminuiria o direito à não incriminação. E que o fato de o indivíduo sob investigação responder a algumas perguntas durante o interrogatório não significaria que ele abriu mão desse direito, que poderia ser invocado posteriormente.

Aliás, em **juízo recente**, esta Turma, nos autos do **RHC 192.798**, por unanimidade, assentou a obrigatoriedade de o policial, no momento da abordagem, informar ao preso seu direito ao silêncio, por meio de acórdão que restou assim ementado:

“Agravado regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. **A Constituição Federal impõe a o Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito.** 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. **Nulidade da condenação.** 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvição do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido”. (AgR no RHC 192.798, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.3.2021 - grifamos)

Pois bem. O caso em análise se amolda, fidedignamente, a esse precedente, uma vez que a agravada teria confessado, perante policiais

RHC 170843 AGR / SP

militares, no local da abordagem, que estaria na traficância, e esta foi a única prova que levou o Tribunal de Justiça a reformar a sentença para condená-la.

É um precedente válido para se rediscutir a jurisprudência dominante segundo a qual a palavra do policial tem sempre valor e não há razão para dela duvidar.

Ademais, o fato de a defesa nada falar a respeito não impede que esta Corte declare a nulidade, exatamente por se tratar de violação direta à Constituição Federal e ser atribuição precípua deste Tribunal a sua guarda.

Mais a mais, embora controvertido o debate, tenho que, em sede de *habeas corpus*, é vedada, tão somente, a **dilação probatória**, motivo por que o impetrante, no momento da impetração, deve trazer aos autos todos os documentos que interessam à instrução.

Instruído o *habeas corpus* com as provas necessárias, não faz qualquer sentido que o julgador seja impedido de revolvê-las, pois, por agir assim, fará do *habeas corpus*, poderoso remédio de nossa farmacologia jurídica, mero *placebo* constitucional.

Não são poucos os casos que chegam a esta Corte cuja solução só foi possível a partir da análise das provas pré-constituídas, a exemplo do HC 163.290, de minha relatoria, quando esta Turma manteve a decisão que concedeu a ordem, porquanto os fundamentos adotados no decreto prisional estavam dissociados das provas dos autos.

É inútil, assim, exigir a escorreita instrução de *habeas corpus*, se for possível ao julgador apenas a análise de meras decisões judiciais, de modo que, em atenção à efetiva prestação jurisdicional, pode o Juízo analisar cada prova carreada aos autos para, assim, melhor decidir.

RHC 170843 AGR / SP

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, Doutor Paulo Gonet, Senhores Servidores, a quem cumprimento na figura da Doutora Maria Clara.

Como disse, Presidente, eu tinha pedido destaque por dois motivos. Primeiro, porque, conforme Vossa Excelência acaba de realçar e já tinha posto, inicialmente, no voto que estava no Plenário Virtual, a alegação era de que esta matéria relativa à ausência de reiteração do que declarado pela paciente, nos autos, não havia sequer sido alegada pela defesa. E conforme Vossa Excelência reconheceu, de ofício, nós podemos conhecer desses argumentos, porque se trata de violação direta à Constituição.

E exatamente este é o ponto, porque o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou e enquadrado como tráfico com base nas declarações que ela tinha prestado - supostamente prestado - aos policiais, sem reiteração e sem outra prova.

Por isso, Presidente, como disse, estou acompanhando

RHC 170843 AGR / SP

o voto de Vossa Excelência no sentido de conceder a ordem, que foi concedida, negando provimento ao agravo, para manter a decisão de Vossa Excelência.

É como voto, Presidente.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Consta dos autos que a ora agravada foi denunciada pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Ao julgar o caso, o Juízo de primeiro grau **desclassificou** a conduta da paciente para aquela indicada no art. 28 da Lei de Drogas.

A acusação interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **deu parcial provimento**, para condenar, por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006), a agravada às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa.

Por decisão monocrática proferida nos autos do HC 343.759/SP, o Ministro Joel Ilan Paciornick, do Superior Tribunal de Justiça, **concedeu a ordem, de ofício**, para estabelecer o redutor em 1/6 e “*reduzir a reprimenda ao patamar de 4 anos e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 416 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento*”.

Tal decisão foi **mantida** pelo STJ em acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ‘HABEAS CORPUS’. TRÁFICO DE DROGA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. VIA ELEITA INADEQUADA. REDUTOR. FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DETRAÇÃO E PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

RHC 170843 AGR / SP

1. O Tribunal 'a quo', em fundamentação idônea e de conformidade com a jurisprudência desta Corte, entendeu que a paciente praticava o delito de tráfico de drogas, tendo em vista, sobretudo, a quantidade de droga apreendida e as circunstâncias dos fatos. Assim, para afastá-la, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via eleita.

2. A instância ordinária não destacou fundamentação idônea para afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Fixada a reprimenda no patamar de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, de rigor a incidência do benefício, ainda que na sua fração mínima (1/6), reduzindo a condenação para 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 416 dia-multa.

3. O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

'In casu', reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da ré, a quem foi imposta reprimenda definitiva não superior a 8 anos de reclusão, o regime semiaberto mostra-se mais adequado à maior gravidade do delito, evidenciada pela natureza da droga apreendida – cocaína.

4. A prisão domiciliar e a detração da pena não foi examinada na instância ordinária, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte a respeito, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental desprovido."

(HC 343.759-AgRg-EDcl/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik)

A recorrente busca, no presente recurso ordinário em *habeas corpus*, a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo (2/3) ou intermediário (1/3, 1/4 ou 1/5), a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso (aberto).

RHC 170843 AGR / SP

O Ministro Gilmar Mendes, Relator, **concedeu a ordem de *habeas corpus*, de ofício**, para reconhecer nula a suposta declaração firmada pela recorrente perante policiais militares e restabelecer a sentença de primeiro grau no sentido da desclassificação do crime de tráfico para o delito de uso de drogas.

Contra essa decisão, o Ministério Público Federal interpôs este recurso de agravo.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre destacar a relevante argumentação aduzida pelo agravante no sentido da **inadmissibilidade** do presente pleito recursal.

É que “(...) o pedido deduzido no presente recurso ordinário em ‘*habeas corpus*’ possui objeto e causa de pedir idênticos ao HC nº 168.203/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes, protocolado em 20.2.2019), ‘*writ*’ anteriormente impetrado perante esta Corte Suprema e que teve a ordem denegada em 13.3.2019 (e subsequente agravo regimental da Defesa desprovido em 31.5.2019), configurando-se, assim, mera reiteração de pedido”.

Esta Suprema Corte consolidou sua jurisprudência no sentido de não se conhecer de *habeas corpus* quando se **tratar de mera reiteração de *habeas corpus* perante ela anteriormente impetrado**. Ilustram essa orientação os seguintes acórdãos: **HC 146.334-AgR/PR**, Ministro Celso de Mello; **HC 190.293-AgR/RJ**, Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes; **HC 193.939-ED/SP**, Ministro Roberto Barroso.

Observo que, ao analisar o **HC 168.203/SP**, Ministro Gilmar Mendes, em que se formulou o mesmo pleito ora reiterado nestes autos e envolvendo o mesmo contexto fático em exame, **esta Segunda Turma não**

RHC 170843 AGR / SP

vislumbrou flagrante ilegalidade apta à concessão do *habeas corpus* de ofício:

“Agravo regimental em ‘habeas corpus’. 2. Tráfico de drogas (art. 33, ‘caput’, da Lei 11.343/2006). 3. Aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Redutor no patamar máximo ou mínimo. Redutor já devidamente aplicado. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental desprovido.”

Ademais, também entendo ser esta a **via inadequada para discutir o acolhimento da tese de desclassificação** do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) para o crime de porte de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), uma vez que **seria indispensável o reexame de todo o conjunto fático-probatório** que levou à condenação da paciente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fato esse **inviável na via estreita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória**, nos termos da jurisprudência pacífica desta Suprema Corte:

“II – O pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do ‘habeas corpus’, por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa e não mera reavaliação. Precedentes.”

(HC 146.291-AgR/MT, Ministro Ricardo Lewandowski – com meus grifos)

Não obstante a possibilidade de concessão da ordem de ofício, **não vislumbro ilegalidade flagrante** presente nestes autos que, caso existente, possibilitaria a adoção de tal medida excepcional.

Não se desconhece que o **direito ao silêncio**, cujo fundamento constitucional encontra-se previsto no art. 5º, LXVIII, é um direito de qualquer pessoa que for interrogada perante os órgãos estatais de persecução penal.

RHC 170843 AGR / SP

Esse direito, também reconhecido pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*, permite que réu, corréu ou acusado não respondam a perguntas que possam incriminá-los, sem que o exercício de tal direito possa ser utilizado em desfavor da defesa (CPP, art. 186, parágrafo único).

Ocorre, entretanto, que esse **direito ao silêncio** foi observado nestes autos, valendo transcrever o seguinte fragmento do recurso de agravo interposto pelo Ministério Público Federal:

“Especificamente quanto ao direito ao silêncio, consta do auto de prisão em flagrante que a paciente foi cientificada dos seus direitos, inclusive do direito ao silêncio (fls. 26 e 35), de modo que não houve situação de afronta a direitos que lhe foram constitucionalmente assegurados.”

O eminente Relator pondera que *“talvez não tenha a PGR se atentado, mas a agravada foi condenada com base em supostas declarações que firmou perante policiais militares, ainda no local da prisão, antes mesmo de seu ingresso na delegacia (eDOC 1, p. 89-91)”*, e que, *“dito isso, pouco importa o que ocorreu na delegacia. ‘In casu’, a condenação da agravada foi fundamentada em interrogatório clandestino, ainda no local em que recebeu voz de prisão”*.

Todavia, observo que tais questões demandam considerável análise probatória e não foram hora nenhuma debatidas no processo. Com a devida vênia do eminente Relator e da Ministra Cármen Lúcia, entendo que não está esclarecido se a paciente foi informalmente interrogada ou se espontaneamente declarou ser a droga sua e que a vendia. Naquele momento, pelo que se pode depreender do que consta destes autos, ainda estava sendo efetivada a prisão e os fatos não se afiguravam talvez tão claros. Não está sequer claro qual o momento em que a paciente recebeu a voz de prisão, se antes ou depois dessa declaração em que admitiu espontaneamente a traficância.

RHC 170843 AGR / SP

Assim, não se pode concluir, com a certeza inquestionável que se exige para a concessão de um *habeas corpus* de ofício, aqui, em última instância, em processo que passou pelo crivo de 3 instâncias da Justiça, e também uma vez pelo exame desta Suprema Corte, no sentido da violação ao princípio da não autoincriminação, sobretudo porque constou no auto de prisão em flagrante que foi garantido à ora agravada o direito ao silêncio.

Ademais, a declaração da paciente que o eminente Relator reputa nula, dadas as circunstâncias fáticas que tem como certas em virtude das provas que constam nos autos, não foi a única prova em que se embasou sua condenação.

De outro lado, no tocante à garantia constitucional da **inviolabilidade domiciliar**, também entendo não assistir melhor sorte à ora agravada.

Isso, porque, além de existir fundada suspeita de prática de crime permanente de tráfico ilícito de drogas, por meio de denúncia anônima e da própria confissão da atividade criminosa pela acusada, consta dos autos que o ingresso dos policiais militares na residência da ora agravada foi por ela franqueado, tendo a mesma, inclusive, indicado o local onde estavam armazenadas as drogas apreendidas na busca domiciliar realizada.

Desse modo, para afastar a conclusão das instâncias de origem quanto à **existência de autorização e de justa causa** para a entrada na residência da ora agravada, **seria indispensável o reexame de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos**, fato esse **inviável** para a via estreita do *habeas corpus*, **que não admite dilação probatória**, nos termos da jurisprudência de ambas as Turmas desta Suprema Corte (HC 182.710-Agr/SP, Ministro Alexandre de Moraes; HC 190.845-

RHC 170843 AgR / SP

AgR/PE, Ministro Ricardo Lewandowski; RHC 143.055-AgR/PR, Ministro Ricardo Lewandowski):

**“AGRAVO REGIMENTAL EM ‘HABEAS CORPUS’.
CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 334-A, 1º, IV, DO
CÓDIGO PENAL. INVIOABILIDADE DOMICILIAR.
FLAGRANTE CONFIGURADO. CONTROVÉRSIA ACERCA
DA AUTORIZAÇÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA
DOS POLICIAIS EM DOMICÍLIO. IMPOSSIBILIDADE DE
REEXAME DE FATOS E PROVAS. ILEGALIDADE NÃO
CONFIGURADA.**

.....
3. *As instâncias antecedentes assentaram que ‘as razões apresentadas pela polícia para fundamentar a imprescindibilidade da medida estão lastreadas no fato de que, além de os policiais terem sido informados mediante denúncia anônima de que havia venda de cigarros de origem estrangeira no local, chegando à casa, o próprio investigado admitiu a prática e franqueou a entrada dos policiais em sua residência’.*

4. Para se agasalhar a tese defensiva, seria indispensável o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual. Precedentes.

5. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

**(HC 175.075-AgR/SP, Ministro Alexandre de Moraes –
com meus grifos)**

Ademais, com a devida vênua do eminente Relator, também não entendo que a “(...) *agravada foi condenada com base em supostas declarações que firmou perante policiais militares*” apenas, conforme acima já mencionado.

Isso, porque, para além da discussão da suficiência das provas para fins da formação do juízo condenatório, sendo esta a via inadequada para tal dilação, observo que o acórdão condenatório emanado do TJ/SP baseia-se em outras provas que também considerou, tais como a apreensão de droga, não só com a paciente, mas também na residência dela, além de

RHC 170843 AGR / SP

depoimentos de policiais militares que trazem outras circunstâncias relacionadas ao fato, e não apenas o que a paciente lhes declarou.

Ressalto, com a devida vênia, meu entendimento de que determinar se as provas em que a condenação se baseou foram valoradas corretamente pelo Tribunal de Apelação não é tarefa a ser feita nesta via do *habeas corpus* e ainda de ofício nesta derradeira e última instância extraordinária. Para um eventual erro de julgamento, como na hipótese de decisão contrária às provas constantes dos autos, a via da revisão criminal seria a adequada, nos termos do art. 621, I, *in fine*, do Código de Processo Penal.

Finalmente, ainda que entenda não existir qualquer nulidade, nos termos do meu voto, assinalo que o alegado desrespeito à garantia da inviolabilidade domiciliar e ao direito ao silêncio bem assim os vícios das provas obtidas mediante tais violações devem ser debatidos e analisados nas instâncias de origem.

Admitir o contrário acarretaria a indevida **supressão de instâncias**, conforme já decidiram ambas as Turmas do STF em diversas ocasiões: HC 157.575-AgR/SP, Ministro Dias Toffoli; HC 164.611-AgR/ES, Ministro Edson Fachin; HC 188.702-AgR/SE, Ministro Roberto Barroso; HC 189.201-AgR/SC, Ministro Luiz Fux; HC 190.319-AgR/RJ, Ministro Ricardo Lewandowski; HC 190.387/RN, Ministro Gilmar Mendes; HC 192.077-AgR/SP, Ministra Cármen Lúcia.

Dispositivo

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao recurso de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, para manter o acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 343.759-AgRg-EDcl/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik.

É como voto.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S)	: DANIELA CRISTINA GEMA
ADV.(A/S)	: GUILHERME GIBERTONI ANSELMO E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

(PRESIDENTE E RELATOR) - Só para observar que é até por isso que existe o *habeas corpus* de ofício. É esse o aprendizado que nós temos e que resulta do próprio Código de Processo Penal. A ideia de que não há dilação probatória no *habeas corpus* - e todos nós concordamos com isso - não exclui a constatação de que, estando as provas nos autos, nós devemos e podemos examiná-las.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigado, Senhor Presidente e eminente Relator do feito que ora está em julgamento.

Cumprimento Vossa Excelência, a eminente Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Pares, o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Nunes Marques, que vem de abrir divergência com o voto que Sua Excelência acaba de proferir. Cumprimento também o Senhor Subprocurador-Geral da República, Professor Paulo Gustavo Gonet Branco e a nossa Secretária, Doutora Maria Clara.

Senhor Presidente, eu já houvera, no Plenário Virtual, acompanhado Vossa Excelência e ouvi com muita atenção a divergência trazida à colação pelo eminente Ministro Nunes Marques. É uma preocupação – creio que se pode dizer presente em todos - a questão atinente ao revolvimento probatório em sede de *habeas corpus*. De modo que esta premissa é importante, com ela pessoalmente tenho me colocado de acordo, a premissa segundo a qual a verticalidade do revolvimento probatório é efetivamente incongruente com a via do *habeas corpus*, consoante entendo ser a pacífica e sedimentada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Portanto, enalteço essa premissa trazida por Sua Excelência. Não obstante, embora eu também tenha ressalvado - e isso está na declaração de voto que vou juntar aos autos - que não acompanho qualquer forma de extensão de revolvimento probatório, eu entendo que, no caso presente, basta verificar o que foi assentado pelo juiz, pelo magistrado, ao condenar a ré ora agravada tão somente pelo delito previsto no art. 28 da conhecida Lei 11.343/2006, colocando-se, portanto, nesse horizonte desse delito, certa a autoria e certa a materialidade.

A questão, portanto, no meu modo de ver, é levar-se em conta, como se fez em segundo grau, ilações e conjecturas para afirmar que a conduta

RHC 170843 AGR / SP

da paciente configuraria tráfico. E reproduzo, além do que já feito pelo eminente Ministro-Relator, trecho da decisão nesta dimensão.

Por isso, o olhar que dirigi sobre esse tema, já tendo, como disse, acompanhado a conclusão de Sua Excelência o Ministro-Relator, o que aqui reitero, é um olhar que leva em conta o que delineado pelo juízo de primeiro grau e que se encontra nos autos, portanto sendo patente a inexistência de prova produzida sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa. Prova essa que, se existisse, ampararia um decreto condenatório pelo crime de tráfico, como justificado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora, em meu modo de ver, com o devido respeito, com base em ilações e conjecturas.

Por essa razão, ressalvando que também estou de acordo com a premissa da incongruência do revolvimento probatório em sede de *habeas corpus* e levando em conta o que assentado pelo juiz de primeiro grau, também nego provimento ao agravo regimental. Concedo, portanto, a ordem nos termos pretendidos pelos impetrantes.

E com isso, tal como, creio, propõe Sua Excelência o Relator, restabelecer a sentença condenatória como proferida pelo juiz de primeiro grau. Pedindo, portanto, vênias à divergência, mas realçando a comunhão desta premissa, embora não chegando à mesma conclusão do eminente Ministro Nunes Marques, eu estou, e com esse fundamento, acompanhando o eminente Ministro-Relator.

É como voto, Presidente.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro EDSON FACHIN. 1. Senhor Presidente, eminentes Pares, rogo vênias ao eminente Relator para **acompanhar com ressalva** a conclusão proposta para a situação posta sob exame.

2. É que, como bem destacado pelo eminente Ministro NUNES MARQUES, na esteira da jurisprudência desta Corte, também compreendo ser **inviável o conhecimento do recurso ordinário**, porquanto mera reiteração de *writ* anterior - HC 168.203, também da relatoria do eminente Ministro GILMAR MENDES -, apontando como ato coator mesmo acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, possuindo as mesmas partes e idênticos objeto e pedido, sem qualquer inovação. Nesse sentido:

“2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que *‘a mera reiteração de pedido, que se limita a reproduzir, sem qualquer inovação de fato e/ou de direito, os mesmos fundamentos subjacentes a postulação anterior, torna inviável o próprio conhecimento da ação de habeas corpus.’* (HC 118.043-AgR, Rel. Min. Celso de Mello) [...]” (HC 142.583 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 17.06.2019 - grifei)

“[...] 2. Quanto aos temas relativos ao excesso de prazo e à transcrição integral do conteúdo das conversas telefônicas interceptadas, o recurso ordinário apresenta exatamente o mesmo objeto e as mesmas causas de pedir do HC nº 142.732/SP, **motivo pelo que não há razão para seu prosseguimento, visto que se trata de mera reiteração de impetração anterior cujo tema já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.** 3. É firme a jurisprudência da Corte quanto à inadmissibilidade de *‘habeas corpus em que se reitera pretensão veiculada em impetração anterior já examinada e*

RHC 170843 AGR / SP

denegada' (HC nº 126.835/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 18/8/15) [...]” (RHC 144.517 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 05.09.2018).

3. De toda forma, nada obstante presente hipótese de incognoscibilidade do recurso ordinário, também na esteira na jurisprudência desta Suprema Corte, possível a concessão de ordem *ex officio*, considerada a presença de flagrante ilegalidade detectável de plano.

E, no ponto, todavia, **a despeito de concordar com a manutenção da concessão da ordem exarada pelo eminente Relator**, compreendo ser imperioso destacar a minha divergência quanto ao voto de Sua Excelência, porquanto, sob meu olhar, **a medida não demanda revolvimento probatório, verticalidade incongruente com a via estreita do habeas corpus**, consoante pacífica e sedimentada jurisprudência desta Suprema Corte.

A uma, porque o *writ* não se presta a figurar como sucedâneo recursal tampouco revisão criminal ou terceira oportunidade de rejuízo do caso - com exame de fatos e provas já analisados pelas instâncias pretéritas -, sobretudo por esta Suprema Corte, cuja competência é constitucionalmente estabelecida.

A duas, porque, para o reconhecimento da ilegalidade pleiteada no item “c” da petição inicial do *mandamus* - “*seja restabelecida a bem lançada decisão de primeiro grau*” (eDOC 1, p. 21) -, suficiente o cotejo da sentença condenatória proferida pelo Juízo de primeiro grau - a qual se restabeleceu com a decisão ora agravada - com o acórdão exarado pelo Tribunal de origem.

Afinal, salientado pelo Magistrado, ao condenar a ré, ora agravada, tão somente pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 que, conquanto certa a autoria e a materialidade (eDOC 1, pp. 81-83):

RHC 170843 AGR / SP

[...] a acusada [...] confessou a posse das drogas, especificamente sete porções de “cocaína”. Justificou que ela se destinava a uso próprio e não ao tráfico. Narrou que o montante em dinheiro localizado consigo tinha procedência lícita e que não decorria da venda de drogas.

[...]

Não há provas de que a droga encontrada com a acusada se destinava ao tráfico. A existência de “denúncias” anônimas isoladamente é insuficiente para a tipificação do delito como tráfico.

Não há qualquer prova de que as pessoas mencionadas no documento de fl. 36 tivessem envolvimento com o delito de tráfico ou sequer de que vendiam drogas ou as adquiriam da acusada, tanto que eles sequer foram arrolados pelo Órgão Ministerial como testemunhas ou incluído no polo passivo da condição de réus.

As circunstâncias da prisão e a falta de provas de que a acusada estava vendendo drogas indicam que o entorpecente se destinava a uso próprio.

As testemunhas Marcos Alexandre e Luiz foram claras em mencionar que não presenciaram qualquer ato de venda de drogas pela acusada e que ela somente portava e armazenava droga, o que não é suficiente, por óbvio, para incriminá-la por tráfico.

Assim, não há elementos probatórios suficientes para ampararem a imputação de prática de conduta tipificada pelo artigo 33 da Lei 11.343/06, uma vez que a quantidade de droga apreendida pode ser perfeitamente destinada a uso próprio. As provas são seguras e coesas para a condenação, devendo o delito ser desclassificado para o previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

A seu turno, o próprio acórdão que condenou a ré pelo crime mais grave, assentou que *“Interrogada em Juízo, DANIELA confirmou a propriedade das drogas, mas alegou que as mesmas seriam destinadas ao seu consumo”* (eDOC 1, p. 89) e, mais adiante, novamente, que *“DANIELA*

RHC 170843 AGR / SP

confessou a posse da droga apreendida consigo e a propriedade daquela encontrada em sua casa, alegando, contudo, que as mesmas seriam destinadas ao seu consumo” (eDOC 1, p. 90).

Para além disso, nota-se que a Corte de origem parte de meras ilações e conjecturas para afirmar que a conduta da paciente configuraria tráfico. Indica ser *“certo que a quantidade com ela apreendida, quatro porções com peso total de 25,85g, já se mostra suficiente a revelar o fim comercial”* (eDOC 1, p. 91), bem como que (eDOC 1, p. 91-92):

Para a configuração da traficância não se faz necessária a prisão do agente quando da transação da droga, podendo a figura penal ser admitida com outras provas, como aqui ocorrido, posto que, apesar de declarar-se usuária de drogas, DANIELA mantinha consigo grande quantidade de entorpecentes que indicavam a sua destinação a terceiros.

Na realidade, pode ser DANIELA rotulada de usuária-trafficante, ou seja, para manter o uso esporádico da droga a trafica, prevalecendo esta última conduta criminal como a mais nociva à Sociedade e passível de punição sobre a primeira delas.

[...]

Pequenas divergências encontradas no cotejo dos depoimentos prestados pelos policiais, sem atingirem o âmago da questão, devem ser desprezadas, posto que podem ser produto do posicionamento dos mesmos quando da diligência efetuada e das tarefas de cada um deles naquele momento, além do entrelaçamento de situações diante do elevado número de ocorrências que tais policiais atendem no dia a dia, sem o comprometimento daquilo que narram.

Patente, sob o meu olhar e tal qual delineado pelo Juízo de primeiro grau, a inexistência de prova, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a amparar um decreto condenatório pelo crime de tráfico, como justificado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RHC 170843 AGR / SP

4. Então, Senhor Presidente, é sob esse fundamento que nego provimento ao agravo regimental, pois também **concedo ordem *ex officio*, ainda que nos termos pretendidos pelos impetrantes, para restabelecer a sentença condenatória proferida pelo Juízo de primeiro grau.**

É como voto.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Boa tarde, Ministro Gilmar Mendes, Presidente desta egrégia Segunda Turma. Boa tarde, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Edson Fachin, Ministro Nunes Marques, Doutor Gonet Branco e Doutora Maria Clara. Boa tarde a todos os que nos assistem.

Senhor Presidente, eu vou pedir vênias ao Ministro Nunes Marques por entender que as provas estão presentes nos autos.

O que temos no caderno probatório? Nós temos o seguinte: em primeiro lugar, que a agravada foi presa com dois papелotes de cocaína, dois papелotes que têm em torno de 25 gramas, um pouco mais. Em segundo lugar, temos a declaração dos policiais de que ela teria confessado que era traficante num primeiro momento, no ato de sua prisão. E temos, finalmente, a condenação como traficante de drogas.

Ora, diante desse quatro, sobretudo considerando que a declaração foi colhida na polícia sem qualquer documentação, sem ter sido reduzida a texto, tendo em conta a quantidade de drogas apreendida com a agravada, e considerando, mais ainda, que há em juízo um testemunho de uma pessoa que disse que jamais teria ouvido falar que ela era, de fato, traficante ou que teria alguma vez na vida traficado, penso que a solução a que chegou Vossa Excelência, Ministro Gilmar, é a mais consentânea não apenas com o Direito, mas também com a própria Justiça.

Portanto, Senhor Presidente, parece-me que aquilo que se contém nos autos, sobretudo tendo em conta que Vossa Excelência acaba de evidenciar: houve uma ofensa ao direito ao silêncio.

E, mais ainda, o que agora o Ministro Edson Fachin traz à colação também, de que não foi submetido ao contraditório o que foi colhido na polícia. Ists tudo, a meu ver, reforça o acerto, *data venia*, da decisão de Vossa Excelência, que acompanho integralmente para negar provimento ao agravo.

04/05/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra decisão monocrática da lavra do relator, Ministro Gilmar Mendes, que concedeu a ordem, de ofício, para declarar nula a “suposta declaração da paciente firmada perante policiais militares e restabelecer a sentença, nos termos da fundamentação supra.”

Colaciono trechos da decisão combatida:

“[...] Na espécie, a recorrente foi presa em flagrante no dia 11.6.2011, após ser abordada em via pública e, com ela, ter sido encontrado apenas um papelote de cocaína. Em busca de mais drogas, policiais vistoriaram seu veículo, quando encontraram mais dois papelotes. (eDOC 1, p. 26)

Insatisfeitos, policiais se dirigiram até a casa da recorrente e lá encontraram outro papelote com peso bruto total de 27,78 gramas e mais R\$ 200,00. (eDOC 1, p. 27)

Ausente prova da mercância, o Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta da paciente para aquela que se amoldava ao tipo do art. 28 da Lei de Drogas. (eDOC 1, p. 81-83)

Inconformado, a acusação interpôs apelação, à qual foi dado provimento, a fim de aplicar a pena do art. 33 da mesma lei, nos seguintes termos:

[...]

Inicialmente, registro que o Tribunal de Justiça paulista tomou como prova para legitimar a condenação da recorrente sua suposta declaração perante policiais militares no momento da abordagem, no sentido de que a droga se destinaria ao comércio. Valoraram-se, ainda, depoimentos de policiais,

RHC 170843 AGR / SP

segundos os quais teriam recebido denúncia anônima de que a recorrente estaria traficando. (eDOC 1, p. 89-91)

Registro, assim, que, da leitura dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão da recorrente, não foi observado o comando constitucional, a partir do qual o preso deve ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio.

Friso, ainda, que tal informação deve ser prestada ao preso pelos policiais responsáveis pela voz de prisão e não apenas pelo delegado de polícia, quando de seu interrogatório formal.

Evidentemente, a todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, impõe-se a importante tarefa de realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de

RHC 170843 AGR / SP

proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Por seu turno, no julgamento do HC n. 80.949/SP, de relatoria do min. Sepúlveda Pertence, destaco que o STF consignou que a falta da advertência ao direito ao silêncio, no momento em que o dever de informação se impõe, torna ilícita a prova, ao fundamento de que o privilégio contra a auto-incriminação *nemo tenetur se detegere*, erigido em garantia fundamental pela Constituição além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não. (HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 14.12.2001)

Dito isto, é evidente a obrigação de o Estado-policial informar ao preso de seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento de sua prisão efetuada por policial militar, o que não aconteceu no presente caso e de cujo ato emanou a presente ação penal, conforme assentado nos depoimentos e na sentença de primeiro grau.

Não é só.

Em caso de flagrante delito, a autoridade pode forçar a entrada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo no período noturno. O flagrante pode ser relativo a crime permanente, ainda que praticado sem violência ou grave ameaça, sendo desnecessária a demonstração de urgência na medida.

RHC 170843 AGR / SP

No entanto, esta Corte decidiu, em repercussão geral, que a entrada deve estar “amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados” (RE 603.616/RO, de minha relatoria, DJe 10.5.2016).

[...]

Na espécie, a pretexto de combaterem crime permanente, cujo estado de flagrância se protrairia no tempo, policiais invadiram a casa do recorrente, em busca de drogas, e lá teria sido encontrado um papelote de cocaína e R\$ 200,00. (eDOC 1, p. 81-82)

Em controle *a posteriori* da referida invasão, percebe-se que ela se reveste de nulidade. Afastada a licitude da prova relacionada à droga apreendida na residência da recorrente, restam os papelotes apreendidos em busca pessoal e no seu veículo.

O Juízo de primeiro grau, fundamentadamente, decidiu pela desclassificação do crime, quanto ao crime de tráfico de drogas, nos seguintes termos:

[...]

Registro, ainda, que o laudo médico apontou para a dependência química da recorrente, o que confirma a tese de posse de droga para consumo pessoal. Não que o usuário não possa traficar. Ocorre que, no caso dos autos, não há qualquer prova da mercância, além da suposta confissão havida perante policiais militares, o que ora é declarada nula, por ofensa à Constituição Federal. (eDOC 1, p. 62)

Ante o exposto, concedo a ordem, de ofício, para declarar nula a suposta declaração firmada perante policiais militares e restabelecer a sentença, nos termos da fundamentação supra.” (e-doc. 4 – sem os grifos do original)

Os argumentos centrais do recurso são os seguintes: (i) “o pedido deduzido no presente recurso ordinário em *habeas corpus* possui objeto e

RHC 170843 AGR / SP

causa de pedir idênticos ao HC nº 168.203/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes, protocolado em 20.2.2019), *writ* anteriormente impetrado perante esta Corte Suprema e que teve a ordem denegada em 13.3.2019 (e subsequente agravo regimental da Defesa desprovido em 31.5.2019), configurando-se, assim, mera reiteração de pedido"; (ii) o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que ficou comprovado o tráfico de drogas, não sendo possível o revolvimento dos fatos e provas no âmbito do *habeas corpus*; (iii) a paciente e a defesa técnica não suscitaram os vícios apontados na decisão impugnada.

Bem reexaminados os autos, acompanho o relator para negar provimento ao recurso.

I – Do cabimento do Recurso em *Habeas Corpus* e da concessão da ordem de ofício.

Registro, inicialmente, que não vislumbro a identidade de pedidos formulados pela ora agravada neste remédio heroico em relação ao *Habeas Corpus* 168.203/SP. Isso porque, no caso em exame, ancorada na suposta ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo STJ, os impetrantes propugnam pela aplicação da causa de diminuição de pena tipificada no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, conseqüentemente, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade.

Por outro lado, não obstante a semelhança das narrativas, o exame do HC 168.203/SP cingia-se à análise do erro na valoração da prova. Ademais, os pedidos formulados consistiam: (i) no restabelecimento da sentença de primeiro grau; (ii) na aplicação da benesse do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em patamar máximo (2/3) ou intermediário (1/3).

De todo modo, os vícios apontados na decisão impugnada não foram apreciados naquele remédio heroico, a solapar, a toda evidência, qualquer dúvida sobre a inexistência de reiteração de pedido.

RHC 170843 AGR / SP

Rememoro, ainda, que o *habeas corpus*, segundo pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, presta-se a sanar vícios processuais que coloquem em risco a liberdade das pessoas, mesmo que estes não tenham sido reconhecidos nas instâncias ordinárias ou, até mesmo, extraordinárias, sobretudo porque as nulidades processuais, salvo as relativas, por constituírem matéria de ordem pública, não precluem, sendo, portanto, cognoscíveis a qualquer tempo.

Vale dizer, existindo prisão atual ou configurada ameaça iminente ao direito de ir e vir, **mostra-se sempre possível o implemento da ordem de ofício, por expressa disposição legal.** Confira-se, a propósito, os dispositivos do Código de Processo Penal e do Regimento Interno desta Suprema Corte:

“Art.654 do CPP. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. [...]”

§2º—Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

“Art.193 do RISTF. O Tribunal poderá, de ofício:
[...]

ii – expedir ordem de *habeas corpus* quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Logo, ainda que não tenham sido formalmente suscitados na peça exordial do presente *writ*, mostra-se perfeitamente lícito o reconhecimento de eventual abuso da autoridade policial, seja na omissão em prestar informação clara e adequada ao preso quanto ao direito ao silêncio, seja pelo ingresso no domicílio do custodiado sem a

RHC 170843 AGR / SP

observância das balizas constitucionais (art. 5º, XI, da CF/1988).

De toda forma, cabe lembrar a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. A partir dela, passou-se a conferir a maior amplitude possível a esse importantíssimo instituto, abrigado em todas as Cartas Políticas brasileiras, salvo naquelas editadas em momentos de exceção, e que encontrou em Ruy Barbosa um de seus maiores entusiastas. Segundo a referida doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir, em contrapartida, no ordenamento jurídico, um remédio processual adequado para afastar a lesão. Em não existindo, o instrumento adequado seria o *habeas corpus*.

Com efeito, o *habeas corpus* em nosso País sempre foi considerado um remédio constitucional de amplo espectro. Nada impede, por isso, a análise dos fatos trazidos a estes autos, os quais podem ser perfeitamente examinados tal como relatados pelo relator, **sem a necessidade qualquer dilação probatória, mostrando-se possível concluir, dispensados maiores esforços hermenêuticos, que a ora agravada foi e está sendo submetida a flagrante constrangimento ilegal**, razão pela qual se faz merecedor do *writ* pleiteado.

Assim, rejeito as objeções processuais trazidas à lume pelo *Parquet*.

II – Do mérito.

Pelo que se colhe dos autos, a agravada foi presa em flagrante e posteriormente denunciada pela suposta prática do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 pelo porte de um papelote de cocaína. Após vistoriar o seu veículo, os policiais encontraram mais duas porções da droga. Por fim, dirigiram-se até a casa da recorrida e lá encontraram outro papelote do entorpecente, totalizando, no entanto, menos de 30 gramas da substância.

RHC 170843 AGR / SP

Ao final da instrução, o magistrado de primeiro grau desclassificou o crime imputado à paciente para o previsto no art. 28 da mesma lei, fixando penas de advertência e prestação de serviços à comunidade, por um mês, com direito de recorrer em liberdade. (e-doc. 1 – fls. 82/83)

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) interpôs apelação. O recurso foi parcialmente provido a fim de condenar a agravada nos termos do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, com imposição da pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa. (e-doc. 1 – fls. 87/100)

Pois bem. No caso em apreço, os elementos informativos dos autos corroboram as conclusões do relator sobre a ausência de prova da mercância das substâncias entorpecentes. Vale dizer, a condenação da paciente decorreu de gravíssimas violações das garantias fundamentais previstas na Carta de Direitos de 1988, e, portanto, inservíveis para lastrear o édito condenatório.

Vejamos.

O magistrado de primeiro grau, destinatário imediato das provas coligidas na instrução, ao desclassificar o crime imputado à recorrente, assentou na sentença que:

“Os policiais militares Marcos Alexandre e Luiz afirmaram que receberam informações de que a acusada praticava tráfico de entorpecentes. Informaram que, durante patrulhamento, encontraram-na e que ela apresentou comportamento suspeito, motivo pelo qual foi abordada. Ressaltaram que encontraram uma porção de droga nas vestes dela e que havia outras duas porções no veículo do qual ela acabara de sair (sic). Mencionaram que encontraram dinheiro

RHC 170843 AGR / SP

com a requerida e que havia mais droga na residência da ré. Asseveraram que a acusada confirmou que traficava.

[...]

Contudo, divergindo do entendimento do Excelentíssimo Representante do Ministério Público, não há provas de que a droga encontrada com a acusada se destinava ao tráfico. A existência de ‘denúncias’ anônimas isoladamente é insuficiente para a tipificação do delito como tráfico.

Não há qualquer prova de que as pessoas mencionadas no documento de fl. 36 tivessem envolvimento com o delito de tráfico ou sequer de que vendiam drogas ou as adquiriam da acusada, tanto que eles sequer foram arrolados pelo órgão Ministerial como testemunhas ou incluídos no polo passivo na condição de réus.

As circunstâncias da prisão e a falta de provas de que a acusada estava vendendo drogas indicam que o entorpecente se destinava a uso próprio.

As testemunhas Marcos Alexandre e Luiz foram claras em mencionar que não presenciaram qualquer ato de venda de drogas pela acusada e que ela somente portava e armazenava droga, o que não é suficiente, por óbvio, para incriminá-la por tráfico.” (e-doc. 1 – fl. 82 - grifei)

Como se nota, os policiais receberam denúncias – anônimas – de que a paciente exercia o comércio ilegal de drogas, o que os levou a realizar abordagem e a busca e apreensão, inclusive no domicílio da agravada, **sem qualquer investigação ou diligência complementar.**

Ora, diferentemente dos fundamentos do acórdão do TJSP, que deu provimento ao recurso do Ministério Público local, não se pode tomar como prova – **especialmente quando fundamental para legitimar a condenação da agravada** - sua suposta confissão perante policiais militares no momento da abordagem, **especialmente à luz dos poucos elementos coligidos em juízo.**

RHC 170843 AGR / SP

Sim, porque a análise dos presentes autos evidencia que realmente não houve, por parte dos policiais militares, no momento da prisão em flagrante, a observância do **preceito constitucional que prescreve, de forma indene de dúvida, que o custodiado deverá ser informado acerca do seu direito de permanecer em silêncio (CF, art. 5º, LXIII).**

Nesse ponto, acompanho o relator no sentido de que houve clara falha do Estado provocada pela ausência, por parte da autoridade policial, dessa necessária e essencial cientificação de que a custodiada, ora agravada, não estava obrigada nem podia ser juridicamente compelida a prestar informações no momento da sua prisão.

A jurisprudência desta Corte Suprema firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao preso ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente. Veja-se:

“[...] A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido

RHC 170843 AGR / SP

a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes. – O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. Medida cautelar deferida.” (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, sem os grifos do original).

O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional e é inteiramente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos.

Rememoro, nesse cenário, o entendimento firmado no julgamento do conhecido caso *Miranda v. Arizona*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos instituiu as advertências (*Miranda warnings*) destinadas a propiciar o efetivo exercício do direito ao silêncio pelo investigado por meio de prévias advertências a ele acerca do conteúdo e extensão deste direito.

Não bastasse tal irregularidade, e sem a adoção de quaisquer diligências complementares acerca das denúncias anônimas, os policiais militares invadiram o domicílio da agravada, e lá teria sido encontrado um papelote de cocaína e R\$ 200,00 (por extenso também).

Ocorre que, a pretexto da natureza jurídica do delito em apreço (crime permanente), o magistrado sentenciante reafirmou em sua sentença que os policiais militares alegaram **“que não presenciaram qualquer ato de venda de drogas pela acusada e que ela somente portava e armazenava droga.”**

RHC 170843 AGR / SP

Como se vê, salta aos olhos as sucessivas ilegalidades perpetradas pela autoridade policial no caso sob exame.

Verifico, por fim, que o laudo médico apontou para a dependência química da agravada, o que corrobora a tese de posse de droga para consumo pessoal.

Isso posto, voto pelo desprovimento do recurso do MPF, a fim de reafirmar a concessão da ordem, nos termos da decisão monocrática do relator.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : DANIELA CRISTINA GEMA

ADV.(A/S) : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO (239075/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 4.5.2021.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Maria Clara Viotti Beck
Secretária