



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 779155 - SP (2022/0335217-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUILHERME ANDRE DE CASTRO FRANCISCO E OUTRO
ADVOGADOS : GUILHERME ANDRE DE CASTRO FRANCISCO - SP390592
MAIQUE ALEXANDRE CARDOSO DE CARVALHO - SP449710
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HUGO FELIPE CELISBERTO BISBOCCI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HUGO FELIPE CELISBERTO BISBOCCI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Revisão Criminal n. 2219902-52.2022.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que, em 20/2/2019, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP condenou o paciente, nos autos da ação penal n. 1500148-43.2018.8.26.0571, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa, no piso mínimo, porque, no dia 29 de junho de 2018, por volta de 19h50min, na Rua Joaquim Mota, Residencial São Judas Tadeu, naquela cidade, trazia consigo, tinha em depósito, guardava e ocultava, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, quarenta e uma porções de maconha, com peso bruto aproximado de 94 gramas (e-STJ fls. 158/165).

Inconformado, o réu apelou, buscando sua absolvição ou, subsidiariamente, a redução de sua pena, contudo, em sessão de julgamento realizada no dia 8/5/2019, por votação unânime, a 7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 212):

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes - Autoria e materialidade delitiva comprovadas Penas e regime bem aplicados - Recurso da defesa não provido.

Após o trânsito em julgado da condenação, a defesa do paciente ajuizou

Revisão Criminal perante a Corte local, buscando *o reconhecimento de nulidade do feito, por “ausência de justa causa para abordagem violação do artigo 244 do Código de Processo Penal”*. Sustenta ainda ter sido a decisão contrária à evidência dos autos e por isso quer a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (e-STJ fl. 273).

Em sessão de julgamento realizada no dia 14/10/2022, o 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deferiu parte o pedido revisional apenas para reduzir as penas do peticionário a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo, mantida, no mais, a decisão revidada (e-STJ fls. 272/281).

Daí o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, no qual a defesa insiste no reconhecimento da nulidade do feito criminal por ausência de justa causa para a busca pessoal.

Alega que, ao contrário do que mencionou o acórdão da revisão criminal, a abordagem do paciente e a posterior revista pessoal foram justificadas com base na alegação genérica de que o paciente estava em “atitude suspeita e demonstrou nervosismo”, o que, por si só, não configura fundada suspeita apta a validar a busca pessoal.

Assim, entende que não foi demonstrada a existência de fundada suspeita de posse de corpo de delito exigida pelo art. 244 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual se deve reconhecer a ilicitude da apreensão das drogas e demais objetos e, por consequência, de todas as provas derivadas. Subsidiariamente, insiste no pedido de desclassificação para a conduta do art. 28 da Lei de Drogas.

Ao final, pugna, liminarmente, para que paciente aguarde em liberdade o julgamento do presente *writ*. No mérito, requer seja concedida a ordem para que (e-STJ fl. 21): *Seja anulada a abordagem realizada pelos policiais Militares em total afronta ao artigo 244 do Código de Processo Penal. Seja desclassificada a conduta do artigo 33 da lei 11.343/06 para a do artigo 28 do mesmo diploma legal.*

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 289/291).

Conforme requerido pelo representante do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 294/297), esta relatoria solicitou informações atualizadas à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP sobre o

Processo n. 1500148-43.2018.8.26.0571 (e-STJ fl. 299).

As informações foram devidamente prestadas pelas instâncias ordinárias (e-STJ fls. 303/337 e 338/377).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente *mandamus*, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 383):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL EM REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO.

- 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.

- 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; ausência de competência. Precedentes: STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).

- Em 3ª Preliminar: não conhecimento das questões suscitadas ou, mesmo de ofício, da ordem, sob pena de contrariar o art. 105, inciso III, “a”, “b” e “c” da CF.

- 4ª Preliminar: não conhecimento, por perda superveniente do objeto; superveniência de trânsito em julgado do acórdão impugnado.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe de 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJe de 28/2/2014.

Mais recentemente: STF, HC n. 147.210-AgR, Relator Ministro EDSON FACHIN, DJe de 20/2/2020; HC n. 180.365-AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe de 27/3/2020; HC n. 170.180-AgR, Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, DJe de 3/6/2020; HC n. 169.174-AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe de 11/11/2019; HC n. 172.308-AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe de 17/9/2019 e HC n. 174.184-AgRg, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe de 25/10/2019. STJ: HC n. 563.063-SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020; HC n.

323.409/RJ, Relator p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018; HC n. 381.248/MG, Relator p/ acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 22/2/2018, DJe de 3/4/2018.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da nulidade da ação penal por ausência de justa causa para a busca pessoal, visto que a abordagem do paciente e a posterior revista pessoal se basearam na alegação genérica de que ele estaria em atitude suspeita e demonstrou nervosismo, o que não caracteriza fundada suspeita apta a validar a busca pessoal e, subsidiariamente, pleiteia a desclassificação da conduta do paciente para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Pois bem.

No que tange à alegada nulidade da busca pessoal promovida pelos policiais militares, verifica-se que a Corte local, no julgamento do pleito revisional, tratou da matéria da seguinte forma (e-STJ fls. 274/276):

É a síntese do necessário.

2. Conhece-se do pedido revisional, pois a alegação é de que haveria nulidade das provas obtidas e contrariedade da decisão em relação à prova dos autos, o que só poderá ser aferido se analisados os elementos de convicção reunidos, de molde a apurar se isso, de fato, ocorreu.

Nessa análise, cabe desde logo cabe afirmar ser de todo improcedente a arguição de nulidade.

Conforme dispõe o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal, para a realização de busca pessoal pela autoridade policial, é necessária a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada “oculte consigo arma proibida” ou esteja na posse de “coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos”, “armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso”, “objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu”, “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” e para “colher qualquer elemento de convicção”.

No caso vertente, como se extrai dos depoimentos dos agentes públicos responsáveis pela prisão do petionário e apreensão do tóxico, ele foi visto saindo de um terreno baldio comumente utilizado para o comércio de drogas e se pôs em fuga tão logo notou a presença dos policiais no local, o que motivou a abordagem que resultou na apreensão de parte do entorpecente em poder do petionário, além da quantia de R\$ 50,00 em espécie, e parte no terreno de onde ele foi visto sair.

Nesse contexto, em que pese o esforço da combativa defesa, é inquestionável que a ação dos policiais foi legítima, pois diante da presença do petionário

em local já conhecido como ponto de comércio de tóxicos e da disparatada fuga dele, ao perceber a possível abordagem, havia fundada suspeita de que ele estivesse na posse de entorpecentes para venda, - o que se confirmou com o sucesso da diligência-, donde impossível entrever abuso ou excesso na atuação dos agentes públicos e ilicitude das provas arrecadadas naquela ocasião.

Como bem ponderou, em seu parecer, a douta Procuradoria de Justiça, “O entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral impõe que os agentes estatais devem permear suas ações motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas sim, fundadas razões a respeito que, no caso, restaram evidenciadas na conduta do peticionário que, ao notar a presença dos policiais, disparou a correr.” (fl. 239).

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “(...). A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada “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”. Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que “a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis 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. IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, verifica-se que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez que o ora agravante, que trafegava por via pública já conhecida pelos agentes como ponto utilizado para a realização do comércio espúrio com uma sacola em suas mãos, ao notar a presença de equipe policial que realizava patrulhamento de rotina, apresentou acentuado nervosismo, o que causou estranheza nos milicianos, que decidiram, somente então, realizar a abordagem. Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada.” (AgRg no HC nº 684.062/SP, 5ª Turma, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), julgado em 19.10.2021, DJe de 3.11.2021).

Sendo assim, ausente o vício alegado, nesse aspecto não prospera a revisão criminal intentada. - negritei.

Com efeito, observa-se do voto condutor do acórdão ora impugnado que a busca pessoal realizada no paciente ocorreu, apenas, com base na alegação genérica de que o acusado foi visto saindo de um terreno baldio conhecido pelos policiais como ponto de tráfico de drogas e se pôs em fuga tão logo notou a presença dos policiais no local, demonstrando nervosismo e atitude suspeita.

Ocorre que *Não satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal/veicular], meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial.*

Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022).

No caso, entendo que não foi demonstrada a existência de fundada suspeita de posse de corpo de delito exigida pelo art. 244 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual se deve reconhecer a ilicitude da apreensão das drogas e demais objetos e, por consequência, de todas as provas derivadas, com a consequente absolvição do paciente.

Em semelhante situação, confira-se o recente precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ABSOLVIÇÃO.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, considera-se ilícita a busca pessoal e domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP, bem como a prova dela derivada, não sendo razoável considerar que o nervosismo do acusado ao avistar a autoridade policial, por si só, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida.

2. No caso, verifica-se a inexistência de fundadas razões (justa causa) para a busca efetuada, haja vista que a medida invasiva ocorreu apenas em razão de impressões subjetivas dos agentes policiais, apenas relacionadas ao fato de o paciente estar em local conhecido como ponto de comércio de provas e ter empreendido fuga ao avistar a viatura policial, estando ausente a excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida.

3. A descoberta de objetos ilícitos a posteriori não convalida a abordagem policial. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida, devendo ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, com a absolvição do paciente da imputação constante na denúncia.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 746.027/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022.) - negritei.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reconhecer a ilicitude da busca pessoal e das demais diligências, com a consequente absolvição do paciente, nos autos da Ação Penal n. 1500148-43.2018.8.26.0571, com fulcro nos arts. 157, § 1º, e 386, II, ambos do CPP.

Em consequência, expeça-se alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não se encontrar preso.

Prejudicada, portanto, a análise da tese subsidiária trazida pelos impetrantes.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor desta decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília, 01 de fevereiro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator