

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 170.843 SÃO PAULO

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

DECISÃO: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por Daniela Cristina Gema, contra acórdão da Quinta Turma do STJ, nos autos do HC 343.759/SP.

Colho o relatório da decisão impugnada:

“Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal com pedido liminar impetrado em favor de DANIELA CRISTINA GEMA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que:

(a) em 16/06/2011, a paciente foi presa em flagrante e, na sequência, denunciada pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 23/25);

(b) em 25/11/2011, o Juízo da Primeira Vara de Taquaritinga julgou a ação penal parcialmente procedente, desclassificando o delito imputado, de tráfico de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), e condenando a paciente às penas de advertência e de prestação de serviços à comunidade, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade (fls. 81/83);

e (c) em sede de apelação, o Tribunal de origem, na sessão realizada em 29/05/2015, por maioria, deu provimento ao recurso da acusação para condenar a paciente, por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo (fls. 87/100).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que:

(a) a paciente preenche as condições para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; (b) a quantidade de droga apreendida é ínfima,

para fins de tráfico, devendo ser desclassificado o delito para uso próprio, tal como fez a sentença;

c) a imposição de regime prisional mais severo carece de fundamentação idônea, porquanto baseada exclusivamente na opinião do julgador acerca da gravidade do delito em abstrato;

e (d) a paciente faz jus à substituição de pena privativa de liberdade.

Pugna pela concessão de medida liminar que permita à paciente aguardar o julgamento deste *writ* em liberdade ou que aplique o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, conseqüentemente, modifique o regime prisional.

No mérito, requer o restabelecimento da sentença de primeiro grau ou, subsidiariamente, a aplicação da referida causa de diminuição de pena e, conseqüentemente, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade.

Passo a decidir". (eDOC 1, p. 107)

No STJ, foi concedida a ordem de ofício, apenas para fixar o redutor na fração de 1/6 e alterar o regime inicial para o semiaberto.

Nesta Corte, a recorrente requer a aplicação do redutor no grau máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

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:

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

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, 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 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.

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 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) (grifei)

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.

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).

É possível extrair algumas premissas importantes desse julgado, que demonstram a licitude de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, desde que observado o preceito constitucional de preservação da inviolabilidade do domicílio, realizado por meio do controle *a posteriori* pelo Judiciário.

O controle *a posteriori* dessas ações, realizado pelo Judiciário, visa à proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Cito trecho da ementa do referido julgado (RE 603.616/RO):

“A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.”

Na espécie, a pretexto de combaterem crime permanente, cujo estado de flagrância se protrairia no tempo, policiais invadiram a casa do

RHC 170843 / SP

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:

“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 pólo 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.

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 ao uso próprio. As provas são seguras e coesas para a condenação, devendo o delito ser desclassificado para previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06." (eDOC 1, p. 82)

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

RHC 170843 / SP

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.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 13 de junho de 2019.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

Documento assinado digitalmente