

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 508.544 - SP (2019/0126857-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : JOSE MESSIAS DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSE MESSIAS DOS SANTOS - SP346999
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON DE OLIVEIRA MACHADO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de JEFFERSON DE OLIVEIRA MACHADO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001852-31.2017.8.26.0530).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções dos arts. 33, *caput*, e 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 e 29, *caput*, do Código Penal, à pena de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime fechado, mais 799 dias-multa, por trazer consigo e manter em depósito, em concurso de agentes, 152 porções de maconha, pesando 459,198g (quatrocentos e cinquenta e nove gramas e cento e noventa e oito miligramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso apenas para diminuir a pena pecuniária para 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa (e-STJ fls. 43/57).

Neste *writ*, o impetrante alega que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão: a) da condenação amparada em fraco acervo probatório; e b) da fixação do regime inicial mais gravoso sem fundamentação idônea.

Requer, liminarmente e no mérito, a absolvição do paciente ou, caso assim não entenda, a fixação do regime inicial de cumprimento semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 102/103).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do *writ* em parecer assim ementado (e-STJ fl. 144):

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA DE AUTORIA NA PESSOA DO PACIENTE. TESTEMUNHO INDIRETO OU DE “OUVI DIZER”. FONTE DIRETA DA INFORMAÇÃO QUE NEGOU CATEGORICAMENTE A PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE. VERSÃO ACUSATÓRIA SUPLANTADA PELA RETRATAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

É, em síntese, o relatório.

Particularização do caso

O ora paciente JEFFERSON DE OLIVEIRA MACHADO foi condenado com base nas seguintes considerações pelo Magistrado sentenciante acerca da materialidade e da autoria (e-STJ fls. 59/61):

Induvidosa a autoria por parte dos acusados.

As testemunhas de defesa de Caio Vinícius Durando, Nayara Kellen Francisco, afirmou que o réu é usuário de drogas e consome maconha, bem como, disse que Caio trabalhava como ajudante de pintor do marido dela em uma salgaderia e a testemunha, Antônio Edson Lopes de Sabino, alegou não saber nada acerca dos fatos narrados e que Caio trabalhou com ele no dia da ocorrência dos fatos.

[...] da Silva Durando (irmã do acusado Caio) testemunha de defesa do réu Jefferson de Oliveira Machado, soube que o irmão Caio tinha sido abordado pela polícia e que este havia assumido a posse de mais drogas em casa, contudo os policiais acharam certa quantidade de drogas que não pertenciam a Caio, mas a um terceiro de nome Henrique, retificou portanto sua versão policial.

Quanto à testemunha de acusação Julber Lourenço, policial militar relatou que em patrulhamento abordou Caio, que segundo a testemunha já estava sob suspeita mediante as autoridades policiais, aquele confessou a prática do delito e informou que possuía demais porções em casa. Ao chegar ao interior da casa o primeiro réu entregou uma porção, afirmou que era tudo o que tinha, contudo ao entrarem em outro cômodo verificaram a existência de cerca de mais 130 “trouxinhas”, posteriormente o réu Caio foi conduzido até a delegacia. **Ocorre que a irmã de Caio chegou logo em seguida na delegacia afirmando que as trochinhas estavam sob a sua posse, pois as guardava para “Jeffinho”, em troca de R\$200,00.**

No mesmo sentido, a versão do policial militar Cleiton de Oliveira.

Os policiais militares foram detalhistas e claros ao narrarem toda operação policial. Vale ressaltar que os policiais militares, no

Superior Tribunal de Justiça

exercício de sua função, possuem fé pública. Sobre o tema, invoco famoso precedente da lavra do eminente Min. Celso de Mello: *Prova Depoimento testemunhal de agentes policiais Validade. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstra tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos* (STF, 1ª T., HC nº 74.608-0/SP).

O acusado Caio Vinícius Durando em seu interrogatório informou que conhece a denúncia e que as porções com ele encontradas eram para consumo próprio, uma vez que no momento da abordagem estava indo a um local distinto para consumi-las. Por fim, relatou que não conhece o réu Jefferson.

Quanto ao réu Jefferson Oliveira Machado, por sua vez, refutou a prática da traficância, afirmou não ter qualquer envolvimento com os fatos em comento e, ainda, negou conhecer o réu Caio, contudo afirmou conhecer a irmã de Caio, Isabella.

Desta feita, o elemento subjetivo do tipo consubstanciado no dolo restou comprovado, notadamente diante da elevada quantidade de droga apreendida, pelo que a absolvição é inviável. A prova é sólida e autoriza o decreto condenatório. Logo, de rigor a condenação pelo tráfico de drogas ilícitas. (Grifei.)

No voto condutor do acórdão de apelação, assim foi fundamentado o reconhecimento da autoria do delito pelo paciente, *in verbis* (e-STJ fls. 46/49):

No caso concreto o deslinde compatibilizou-se com o conjunto probatório.

O conteúdo ideológico das provas produzidas à luz do contraditório e da ampla defesa reveste-se de inafastável veracidade, prevalecendo dialeticamente sobre os argumentos expendidos nas razões recursais.

Caio Vinicius ficou silente na fase inquisitiva (fls. 07) - atitude esta, frise-se, incompatível com a de um inocente, que, sofrendo injustiça, tende a bradar a plenos pulmões seu não envolvimento. Em Juízo, dizendo-se usuário de drogas, afirmou que “as porções são para meu consumo, estava indo usar” (mídia digital).

Em ambas as fases da persecução penal Jefferson negou a prática do crime, não sabendo apontar o motivo pelo qual estava sendo acusado. Afirmou que conhece a irmã de Caio Vinicius, a adolescente da Silva Durando; recusou, contudo, conhecer Caio Vinicius (fls. 79 e referida mídia).

As negativas, no entanto, restaram desmentidas pelo conjunto probatório.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, a realidade da vil mercancia resulta de prova firme e harmônica, consistente sobretudo no Boletim de Ocorrência (fls. 08/9), no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11), nos laudo de constatação (fls. 12/4) e de exame químico-toxicológico (fls. 112/3: atestando que a substância clandestina consistia em 459,198g de maconha), bem como nos relatos dos policiais militares Julber Lourenço e Cleiton de Oliveira Fortes.

Rememoraram os citados servidores fardados a existência de delação anônima no sentido de que Caio Vinicius, afamado nos meios policiais pelo envolvimento na prática do narcotráfico, praticava o mercadejo abjeto juntamente com sua irmã, a menor, nas proximidades da residência de ambos - onde inclusive guardavam os entorpecentes para posterior repasse na cidade. Os depoentes deslocaram-se então ao local indicado, onde avistaram Caio Vinicius e o abordaram, logrando êxito em localizar, em suas mãos, três porções de maconha. Indagado, o réu assumiu informalmente o comércio repugnante, admitindo que havia mais substância ilícita na residência que habitava com sua irmã.

Diligenciando no referido imóvel, os servidores fardados encontraram outras cento e quarenta e nove “trouxinhas” de maconha.

Posteriormente a mencionada inimputável compareceu ao Distrito Policial, ocasião em que, ao ser questionada, afirmou que estavam guardando os narcóticos a pedido de Jefferson, igualmente conhecido como narcotraficante, aduzindo ainda que ganhariam R\$ 200,00 (duzentos reais) pelo “serviço”. Em seguida, prontamente reconheceu fotograficamente Jefferson como sendo a pessoa que fornecera os referidos estupefacientes para guarda (fls. 03, 05 e mídia digital).

Saliente-se - é bem sabido, já se o disse muitas vezes - que não furta a lei validade ao depoimento do policial, tanto que não o elenca entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Não se compreende, na verdade, seja a atividade policial desprovida de um mínimo de eficiência, de ética e de veracidade, a ponto de se arvorar em incriminadora insensata de inocentes. Até porque nem teria sentido conferir a lei determinada tarefa ao agente da Segurança, para, ao depois, quando fosse ele convocado a prestar contas da sua atuação, negar valor ao que diz, pela preconceituosa admissão de que não fala a verdade.

[...]

Tais subsídios corroboram o assinalado por [...] na fase inquisitiva:- acompanhada por sua curadora, a adolescente admitiu “que somente estava guardando para um rapaz

conhecido por 'Jefinho', o qual mora próximo a delegacia e ao ser exibida a fotografia dele, o reconhece prontamente como sendo a mesma pessoa. Que alega que 'Jefinho' prometeu pagar após 15 dias R\$ 200,00 reais pela guarda do entorpecente. Que quanto ao entorpecente encontrado com seu irmão CAIO, desconhece a procedência, somente tem conhecimento de que ele estava comercializando” (fls. 06).

Registre-se que [...], em Juízo, ofertou versão diversa daquela prestada em solo policial, alegando que as porções de maconha localizadas na referida residência na verdade pertenciam a um indivíduo de prenome Henrique, cujo nome completo ou qualquer outro dado qualificativo não soube declinar (mídia digital).

Sucede, todavia, que a ulterior narrativa sobressai inverossímil, até mesmo em seus próprios termos. Não resta dúvida de que os entorpecentes apreendidos na habitação eram guardados a mando de Jefferson, que restou reconhecido pela própria adolescente em solo policial. Inequívoco ainda que [...] somente alterou sua narrativa em virtude de receio de represálias.

Destarte, o arcabouço probatório apresenta-se sólido e faz emergir a conduta ilícita perpetrada pelos increpados - justo, pois, o desfecho condenatório. (Grifei.)

Dos excertos acima colacionados, concluo que é o caso de absolver o ora paciente.

Isso porque a única prova apresentada para sua condenação é o depoimento de uma testemunha que alegou estar guardando a droga para o paciente, e apenas em solo policial, uma vez que se retratou em juízo.

Não há no caso nenhum outro elemento suficiente e judicializado apto a se constituir como prova em desfavor do ora paciente, sendo de rigor sua absolvição, em atenção ao art. 155 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, grifei)

Portanto, é de extração legal a imprestabilidade de provas colhidas exclusivamente em procedimento investigativo não repetidos em contraditório na fase

Superior Tribunal de Justiça

judicial, ressalvadas as exceções previstas no próprio dispositivo, que não se aplicam ao caso em tela, uma vez que o depoimento colhido em sede policial foi repetido judicialmente, porém com resultado distinto.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público Federal, cujo excerto do parecer passo a transcrever, *in verbis* (e-STJ fls. 146/150):

Com esteio no sistema da persuasão racional, utilizado como instrumento essencial na busca da verdade real, o Magistrado está livre para analisar a matéria posta e formar a sua convicção do modo que lhe parecer mais justo, prevalecendo seu entendimento desde que devidamente fundamentado (CRFB, art. 93, inciso IX), o que viabiliza o pleno exercício de defesa, devendo se atentar ao que estabelece o artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (...)

Logo, o assentamento da culpa do condenado pressupõe um juízo de certeza acerca dos elementos de autoria e de materialidade delitiva aos quais se respalda, cabendo ao Magistrado a explicitação de fundamentos de convicção não compostos exclusivamente de informes do inquérito policial que não tenham sido submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, com ressalva das provas técnicas ou produzidas por força de decisão judicial.

Na hipótese dos autos, a despeito da existência de prova da materialidade do crime, verifica-se a absoluta ausência de prova judicializada de autoria na pessoa do paciente, sobretudo porque o mesmo não foi surpreendido em situação de flagrante delito, porque a substância entorpecente não foi com ele encontrada, e porque inexistem testemunhas oculares identificando-o como autor do crime. Conforme se verifica, as únicas provas produzidas na fase judicial a indicar tal participação correspondem aos depoimentos dos policiais militares, os quais, por não terem presenciado a atuação do paciente, prestaram testemunho indireto ou de “ouvi falar”, através da reprodução das versões pré-processualmente apresentadas e em juízo retratadas pelo corréu e por sua irmã.

[...]

Não se questiona a credibilidade das palavras dos policiais militares, mas sim a prestabilidade do testemunho indireto, isolado, para efeito de condenação. Os depoimentos dos agentes públicos, conforme se verifica, não dão conta da autoria do paciente, mas apenas da existência de relatos nesse sentido, relatos esses que não permitem ampla confrontação, sobretudo porque os testemunhos daqueles que nada viram foram negados judicialmente por sua própria fonte.

Com efeito, a prova testemunhal *"tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção*

Superior Tribunal de Justiça

sensorial daquele que é chamado a depor no processo". (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 679).

No caso, os testemunhos policiais em nada contribuíram para o esclarecimento da verdade real, porque mera repetição de discurso de terceiro é incapaz de transmitir impressão sensorial de episódio não visto, ouvido, ou percebido, falta essa que não foi supria pela fonte direta de informação apontada, a qual, em sede judicial, atuando quando na qualidade de testemunha, negou categoricamente a participação do paciente, encontrando-se, portanto, a versão acusatória, suplantada pela retratação.

Em observância a garantia do devido processo legal, quando constatada declarações contraditórias da mesma pessoa em sede policial e judicial, é pertinente que se atribua maior valor às prestadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que não impede o Julgador de desconsiderar a posterior retratação quando destoante das demais provas dos autos. Contudo, **não se mostra razoável a descaracterização da retratação quando a reconstrução da autoria depende exclusivamente de testemunha não presencial que “ouviu falar” dos depoimentos retratados, sob pena de se preterir a prova judicial em detrimento da inquisitorial.**

É cediço que, em observância ao princípio constitucional da não culpabilidade, compatível com o Estado Democrático de Direito, a tutela final não comporta margem para probabilidades, e não se legitima com indícios, razão pela qual a dúvida quanto a autoria deve ser resolvida em favor do réu.

Assim, constatando-se a absoluta ausência de prova judicializada de autoria na pessoa do paciente, afigura-se o constrangimento ilegal invocado, sendo de rigor a reforma do acórdão combatido, para a desconstituição da condenação.

Ante o exposto, **o Ministério Público Federal, como custos iuris, postula o não conhecimento do habeas corpus e a concessão da ordem, de ofício, para absolver o paciente por ausência de prova judicializada de autoria.** (Grifei.)

Logo, de rigor a absolvição do ora paciente, em razão da ausência de prova suficiente de autoria submetida ao crivo do contraditório.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para, acolhido o parecer ministerial, absolver o paciente JEFFERSON DE OLIVEIRA MACHADO com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado, encaminhando-lhe o inteiro teor da presente decisão.

Superior Tribunal de Justiça

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

