

Documento:441340

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037187-78.2020.8.27.2729/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: CESAR LUIZ DA SILVA BARROS (RÉU)  
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: POLÍCIA MILITAR-RECURSOS HUMANOS – PALMAS (INTERESSADO)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos processuais e condições recursais exigíveis, daí porque dela conheço.  
Como venho de relatar, trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por CESAR LUIZ DA SILVA BARROS, inconformado com a sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas-TO, nos autos da Ação Penal nº 0037187-78.2020.8.27.2729, que o condenou pela prática do crime capitulado no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como à pena pecuniária de 250 (duzentos e cinquenta)

dias-multa, sendo cada dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Para tanto, sustentou, preliminarmente, o apelante em suas razões recursais que “deve ser reconhecida a nulidade absoluta da prova produzida, diante da patente violação aos Direitos Fundamentais, em especial por haver invasão domiciliar sem de consentimento válido e consentido, SEM NENHUM MOTIVO A JUSTIFICAR TAL PRÁTICA, configurando, isso sim, uma BUSCA PREDATÓRIA DE PROVAS, amplamente vedada em nosso sistema processual penal e tornando, portanto, as provas são ilícitas, ilegais e inválidas”.

No mérito, argumentou o recorrente que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, para o fim de decretar sua absolvição, argumentando, em síntese, inexistir elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório, haja vista que, ao contrário do que concluiu o Magistrado a quo, depreende-se do contexto probatório dos autos que a droga apreendida se destinava ao consumo próprio do réu, não possuindo, pois, finalidade mercantil, razão pela qual é forçoso reconhecer a improcedência da denúncia, com a absolvição do apelante, face a ausência de prova elemento subjetivo (dolo) na mercancia da droga.

Em relação à dosimetria da pena, defendeu o recorrente a ausência de fundamentação na aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado (art. 33 § 4º) na fração de metade, razão pela qual requer seja declarada a nulidade dessa parte da sentença, redimensionando a pena corporal imposta na sentença, com a aplicação da causa de diminuição do privilégio em seu patamar máximo, qual seja 2/3 (dois terços).

Pois bem.

Em exame a prefacial de nulidade das provas obtidas por meios ilícitos. O apelante busca a nulidade das provas colacionadas no processo, alegando que não foram observados os requisitos para a sua validade, tendo em vista que os policiais militares entraram na residência do réu sem sua autorização, o que evidencia a invasão de domicílio.

Primeiramente, é importante consignar que a inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental consagrado, só podendo ser sacrificado em flagrante delito, desastre, socorro a alguém ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, inciso XI, da CF). Assim, o ingresso na casa de alguém, fora dessas hipóteses, é indevido e, por parte de agentes de segurança, ilegal e abusivo, acarretando, quando não observadas, a nulidade das provas obtidas através dessa violação.

Entretanto, o STF, no julgamento do RE nº 603.616/R0, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, dado em sede repercussão geral, pacificou o entendimento que a busca e a apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, que se protraí no tempo, é possível, desde que estejam demonstrados, previamente, elementos mínimos a caracterizar a justa causa para a medida invasiva, devendo tais justificativas ser objeto de posterior análise por parte do Poder Judiciário, podendo os agentes de segurança, constatada a ausência de fundadas razões, responder disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e, ainda, inquirir de nulidade dos atos praticados.

Ressalta-se que no julgamento do HC nº 598.051/SP, da Relatoria Ministro Rogério Schietti, Sessão de 02/03/2021, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões:

“a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de

standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito;

b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada;

c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação;

d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo;

e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência."

No caso, consta nos autos do Inquérito Policial nº

0033963-35.2020.827.2729, que no dia 02 de setembro de 2020, por volta das 16:30, na Rua T-22, Santa Fé, 1ª Etapa, Palmas/TO, os policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram o denunciado em atitude suspeita, ocasião na qual resolveram retornar com a viatura e realizar abordagem, e, ao ser feita a busca pessoal no mesmo, foi encontrado em seu bolso 07 (sete) papелotes de MACONHA doladas, em plástico filme transparente, bem como a quantia de R\$ 70,00 (setenta) reais.

Em ato contínuo, em entrevista pessoal com o detido, este afirmou que teria mais droga entorpecente, momento em que se deslocaram até a residência do denunciado, sendo encontrado e apreendido o restante da droga mantida em depósito pelo ora acusado, que totalizou 54 (cinquenta e quatro) trouxas de maconha, envolvidas em saco plástico filme, somada a uma barra de substância vegetal prensada e mais 2 (duas) pequenas porções de substância vegetal prensada, todas envolvidas em plástico filme transparente e mais objetos como 04 (quatro) rolos de plástico filme, balança de precisão, diversos celulares e o restante do dinheiro.

Durante a instrução do processo, os policiais, ouvidos como testemunhas, relataram (evento 61 – autos de origem) que no dia dos fatos narrados na denúncia, em razão de atitude suspeita, efetuaram a abordagem do réu, o qual estava na posse de sete papелotes de "maconha", a qual estava dolada e pronta para a venda, tendo o réu, a princípio, declarado que era apenas usuário de drogas, contudo, posteriormente o réu confessou que estava traficando, tendo dito aos policiais que tinha mais droga em sua residência. Externaram, ainda, que se dirigiram até a residência do réu, o qual autorizou o ingresso dos policiais na casa, ocasião na qual foi encontrado o restante da droga e demais apetrechos relacionados à traficância.

Ve-se, pois, que o contexto fático não caracterizou a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio, tal como permitido pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição da República.

Do mesmo modo, verifica-se a inexistência de mandado judicial de busca e apreensão autorizando o ingresso dos policiais na casa do réu, bem como a inexistência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro do imóvel ocorreria situação de flagrante delito ou de que o atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, pudesse, objetiva e concretamente, inferir que a droga seria destruída ou ocultada pelo agente.

Outrossim, não há prova de que o ingresso dos policiais militares na casa do réu para a realização da busca e apreensão da droga e dos apetrechos relacionados ao crime ocorreu de forma voluntária e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação ao réu, notadamente porque inexistente declaração assinada pelo réu autorizando o ingresso domiciliar, ou mesmo registro da operação policial em áudio-vídeo, apta a justificar, à luz do supracitado entendimento da Corte Superior de Justiça, a legalidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial.

Assim, considerando a ilicitude da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e, sobretudo, sem justificativa plausível para sua efetivação, tem-se como nulas todas as provas consequentes deste ato, conforme se depreende da doutrina do fruto da árvore envenenada, segundo a qual as provas obtidas em razão de violação a direito material são ilícitas, assim como o são também todas as que dela derivarem, salvo quando não comunicáveis, seja porque não há nexo de causalidade, seja porque poderiam ter sido obtidas por uma fonte independente.

Ressalta-se que uma das consequências do reconhecimento da ilicitude da prova é a sua inutilização e desentranhamento dos autos do processo, tornando-se, a partir daí, uma não prova. O artigo 157 do Código de Processo Penal preconiza, textualmente, que são “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Por consequência disso, são consideradas provas ilícitas, no caso, a diligência de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, o laudo pericial de constatação, preliminar e definitivo, das drogas ilícitas e todas aquelas que derivaram, em nexo de causalidade, daquela primeira (busca e apreensão domiciliar), as quais, por conseguinte, devem ser inutilizadas e desentranhadas, não podendo ser usadas para nada, ou seja, nem para a absolvição, nem para a condenação.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, SEM DENÚNCIA E SEM DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCRITO DO MORADOR. FUGA DE INDIVÍDUO PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a

concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte. 3. O avistamento de um indivíduo correndo para o interior de uma residência não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência"). Precedentes. 4. Aliás, em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (....) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito. E apresentou as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada. c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo. e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a

diligência. 5. No caso concreto, embora o acórdão impugnado faça alusão à afirmação dos policiais responsáveis pela busca domiciliar de que o paciente teria autorizado a entrada na residência, evidencia que agiram sem mandado judicial e sem o amparo de denúncia ou de investigação prévias que os conduzissem a crer que naquele local havia tráfico de drogas. Suas suspeitas tiveram por base apenas o fato de que uma pessoa que estava na frente da casa correu para o seu interior assim que percebeu a aproximação da viatura policial. 6. Deve ser considerada inválida eventual autorização do morador da residência vistoriada, se essa autorização não foi concedida por escrito, na esteira da tese firmada no HC 598.051 (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021), tanto mais quando a descrição dos procedimentos efetuada pelos policiais, em sede inquisitorial, se revela inverossímil, ao afirmarem que, após baterem à porta da residência, quando finalmente abriu, o paciente teria consentido na busca. 7. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião, bem como as derivadas, devem ser consideradas ilícitas. 8. Habeas corpus não conhecida. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da prova colhida na busca domiciliar, bem como das provas derivadas, absolvendo o paciente das imputações de tráfico de drogas e corrupção ativa." (HC 686.489/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILICITUDE DAS PROVAS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito. 2. Consoante decidido no RE 603.616/R0 pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária a certeza em relação à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o caso de flagrante delito. 3. Conforme a atual jurisprudência desta Corte Superior, como forma de não deixar dúvidas sobre a sua legalidade, a prova da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe ao Estado, devendo ser realizada com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato, além de ser registrada por áudio-vídeo e por escrito. 4. Embora conste dos autos que os policiais, após informações indicando a prática de tráfico de drogas em uma mercearia, se dirigiram ao local e avistaram o paciente, que teria demonstrado nervosismo durante a abordagem e, mesmo sem nada ter encontrado em seu poder, teria admitido possuir drogas em sua residência, o que permitiu a busca domiciliar, essa versão foi contestada pela defesa e não houve a comprovação da voluntariedade do ato de consentimento com a entrada no imóvel pelos agentes estatais, verificando-se a ocorrência de manifesta ilegalidade. 5. Concessão do habeas corpus. Declaração de ilegalidade (nulidade) da apreensão da droga. Absolvição do paciente do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, e das demais imputações da denúncia (arts. 157, § 1º e 386, II – CPP)." (HC

679.630/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021)

“RECURSO ESPECIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDENAÇÃO POR ROUBO VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO. AUSÊNCIA. SUSPEITA DE TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. ENTORPECENTES NÃO APREENDIDOS. CONSENTIMENTO DO MORADOR INVÁLIDO. ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. 1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, “O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio” (HC 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 15/03/2021). 2. Na hipótese dos autos, verifica-se ausência de situação de flagrância anterior ao ingresso no domicílio, apta a permitir para a entrada desautorizada dos policiais, por estar amparada unicamente na suspeita da prática de crime de tráfico de drogas, sem, contudo, haver a apreensão de entorpecentes, tendo ocasionalmente sido constatada, com o ingresso na residência, a prática de delito de roubo (peças de moto). 3. O ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de roubo, deve estar amparado nas circunstâncias que evidenciem, de modo satisfatório e objetivo, fundadas razões de situação de flagrante no interior da residência que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo” (HC 608.405/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 14/04/2021) 5. Além de não demonstrada a existência de fundadas razões para o ingresso dos policiais no domicílio, o eventual consentimento não se mostrou válido, porquanto não observadas as formalidades para a obtenção da prova da aquiescência do morador, tampouco houve justificativa plausível para a medida excepcional. 6. Recurso especial provido. Declaração da nulidade das provas obtidas por meio de medida de busca e apreensão ilegal, bem como as dela derivadas. Anulação da condenação imposta ao recorrente, com a consequente expedição de alvará de soltura, se preso estiver.” (REsp 1946458/GO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 22/10/2021)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE. ÔNUS ESTATAL. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ANULAÇÃO DA DEMANDA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador,

salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/R0, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 2/3/2021), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência. 4. O contexto fático delineado nos autos não serviu de suporte para justificar a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais na residência do réu não evidenciaram, quantum satis e de modo objetivo, as fundadas razões que justificassem a entrada na sua morada, de maneira que a simples avaliação subjetiva dos agentes estatais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso no domicílio. 5. As regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos servidores castrenses de que o paciente ou os pedreiros, que trabalhavam no local, ou o locatário do sítio (este, inclusive, declarou a propriedade de todo o material lá encontrado) teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu. 6. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a captura de crack, após invasão desautorizada da residência do paciente –,



pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre o ingresso no domicílio (permeado de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes. 7. Justifica-se a anulação da demanda judicial, se são ilegais os elementos de convicção colhidos por meio da entrada ilícita no domicílio do réu, se eles deram suporte à peça acusatória ofertada e contaminaram todas as evidências daí decorrentes. A falta de plausibilidade jurídica para a diligência afeta a própria instauração da persecução criminal, assim como todas as provas que dela se sucederam. 8. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo ingresso no domicílio do paciente, sem o seu consentimento válido, e as que dela decorreram e, em consequência, anular, ab initio, a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que apoiada em dados supervenientes, obtidos com atenção aos limites definidos no art. 5º, XI, da Constituição da República, e com estrita observância aos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.” (HC 608.405/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 14/04/2021)

Desse modo, conclui-se que a entrada dos policiais militares na residência do réu não observou aos ditames legais, o que enseja a ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida de busca e apreensão em questão, bem como das demais provas que dela se originaram em relação de causalidade, porquanto violou o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

Não obstante isso, e na esteira do que enfatizou o Ministro Rogério Schietti Cruz, por ocasião do julgamento do supracitado HC nº 598.051/SP, não quero aqui, com esse meu voto, inviabilizar ou mesmo enfraquecer o trabalho realizado pelas forças policiais de segurança pública, que muito bem combatem e ajudam a arrefecer a prática do crime de tráfico ilícito de drogas e diversos outros.

Porém, não é caro rememorar que vivemos num Estado Democrático de Direito, no qual as leis postas pelo Estado são fronteiras limites entre a liberdade e o arbítrio. É a lei, pois, que confere distinção, na sua acepção semântica, entre o que é legal ou não. Com isso, não pode o Estado, que edita as leis, afastar-se delas. Não pode o agente de segurança, nessa função, e em nome do Estado, esquecer que há normas procedimentais a serem observadas e seguidas, com o fim justamente de evitar a contestação de suas condutas ou a alegação de decorreram de abuso.

Em desfecho, permitir o ingresso na residência de alguém fora das hipóteses legais e sem a devida justificativa, que deve ser clara, circunstanciada e posterior, é andar de mãos dadas com as práticas ilegais e abusivas, coisa que o Estado-Juiz não deve tolerar, resguardando, assim, o direito à inviolabilidade do domicílio dos cidadãos que caminham os trilhos da retidão e da legalidade. Repito, aliás: a proteção é voltada não para os criminosos, mas, sim, para o cidadão que não comete crimes e que deve ter esse direito fundamental preservado.

E, diante do reconhecimento da nulidade da referida prova (busca e apreensão domiciliar), bem como das que dela decorreram, entre elas o próprio laudo toxicológico, preliminar e definitivo, outra solução não resta senão a absolvição do recorrente em relação à prática do crime de tráfico de drogas que lhe foi imputado na denúncia, diante da inexistência de prova da materialidade delitiva, o que também impede a desclassificação da conduta do réu para o delito tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, uma vez que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à

demonstração da materialidade delitiva do crime, somente podendo ser suprido, excepcionalmente, pelo laudo de constatação preliminar, que na hipótese também se apresenta como prova ilícita por derivação. Sobre a temática, segue a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo toxicológico implica na absolvição do acusado, em razão da falta de comprovação da materialidade delitiva, e não na nulidade do processo. Foi ressalvada, ainda, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva está amparada em laudo preliminar, dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente. 2. Segundo se infere dos autos, a sentença pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 tem como fundamento apenas depoimentos testemunhais e informações extraídas de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas. Não houve a apreensão da droga e, obviamente, inexiste o laudo de exame toxicológico, único elemento hábil a comprovar a materialidade do delito de tráfico de drogas. Assim, de rigor a absolvição do ora agravado do delito de tráfico de drogas, porquanto ausente prova da materialidade. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 646.511/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO TOXICOLÓGICO PROVISÓRIO. POSSIBILIDADE. 2. ASSINATURA POR PERITO CRIMINAL. PRESENÇA DE OUTROS COMPROVANTES. LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO, AUTOS DE APREENSÃO E EXIBIÇÃO. 3. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DESCRIÇÃO DOS FATOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, pacificou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo, de regra, é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Sem o referido exame, é forçosa a absolvição do acusado. Porém, em situações excepcionais, admite-se que a materialidade do crime seja atestada por laudo de constatação provisório. 2. Porquanto assinada por perito criminal além de presentes os autos de exibição e apreensão, a materialidade do crime pode ser atestada por laudo de constatação provisório. 3. Quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas por ausência de provas do envolvimento dos outros envolvidos, verifico que as instâncias ordinárias trouxeram em suas decisões a descrição minuciosa dos fatos acerca do envolvimento do agravante e dos outros corréus. Concluir de forma diversa, ou seja, de que o agravante não integra organização criminoso, implica exame aprofundado do material probatório, inviável em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 1469051/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 27/06/2019)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO JUNTADO APÓS A SENTENÇA. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. ERESP N. 1.544.057 DE 2/12/2016. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE POR LAUDO PRELIMINAR ASSINADO POR PERITO CRIMINAL. 1. A Terceira Seção, quando do julgamento do EREsp n. 1.544.057

– DJe 2/12/2016, entendeu que a ausência de laudo definitivo pode ser suprida por laudo provisório de constatação que possua condições técnicas de atestar a natureza da droga apreendida. 2. In casu, foi juntado laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína, o que enquadra o caso em questão em uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser comprovada apenas com base no laudo preliminar de constatação. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1653979/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)

Na mesma toada, confirmam-se os recentes julgados deste Sodalício, um deles, inclusive, da minha relatoria:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. TESES AFASTADAS. DEVIDO ACERTO NO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DAS PROVAS. ACESSO INDEVIDO ÀS MENSAGENS DE CELULAR (WHATSAPP). VERIFICAÇÃO POLICIAL EFETUADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ESPECÍFICA, MEDIANTE COAÇÃO. CONTEÚDO QUE NÃO DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO NA ANÁLISE PROBATÓRIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL E DE JUSTA CAUSA. RÉU ABORDADO PARA AVERIGUAÇÃO DA MOTOCICLETA POR ELE CONDUZIDA. INEXISTÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE COM O ACUSADO NO MOMENTO DA ABORDAGEM. INGRESSO DESNECESSÁRIO NA RESIDÊNCIA DO RÉU, AINDA QUE TENHAM LOGRADO ÊXITO EM ENCONTRAR 2,10 GRAMAS DE COCAÍNA. AFRONTA CONSTITUCIONAL. ILICITUDE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. “Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.(...) É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de situação de flagrante delito. (...) Ausente, assim, justa causa para o ingresso domiciliar, sem consentimento do morador nem autorização judicial, ainda que obtido êxito na apreensão de droga. (HC 617.232/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)”. 2. No presente caso, depreende-se dos autos que os policiais, após abordar o apelado para averiguar uma situação decorrente de escapamento da motocicleta por ele conduzida, acessaram o celular do mesmo, mediante coação física, a pretexto de terem suspeitado de recebimento de mensagens que envolviam a traficância. Não tendo localizado com o réu qualquer substância entorpecente, se dirigiram até a residência do acusado, la adentrando, sem o seu consentimento e sem prévia autorização judicial, em absoluta afronta constitucional, sendo imperiosa a manutenção da sentença absolutória que reconheceu a ilicitude das provas obtidas. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Apelação Criminal 0022108–93.2019.8.27.2729, Rel. Des. EURÍPEDES LAMOUNIER, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021)

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A JUSTIFICAR A MEDIDA INVASIVA POR PARTE DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA – POLICIAIS MILITARES. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO OBSERVADA. CONDUTA ILÍCITA. ILICITUDE DAS PROVAS DELA DECORRENTES. NULIDADE RECONHECIDA. INUTILIZAÇÃO, POR SER UMA NÃO PROVA. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. 1. O STF, NO JULGAMENTO DO RE 603.616/R0, DADO EM SEDE REPERCUSSÃO GERAL, PACIFICOU

O ENTENDIMENTO DE QUE A BUSCA E A APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE, QUE SE PROTRAI NO TEMPO, É POSSÍVEL, DESDE QUE ESTEJAM DEMONSTRADOS ELEMENTOS MÍNIMOS A CARACTERIZAR A JUSTA CAUSA PARA A MEDIDA INVASIVA, DEVENDO TAIS JUSTIFICATIVAS SER OBJETO DE POSTERIOR ANÁLISE POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, PODENDO OS AGENTES DE SEGURANÇA, CONSTATADA A AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES, RESPONDER DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E, AINDA, INQUINAR DE NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. 2. AINDA QUE O CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE SEJA DE NATUREZA PERMANENTE, A SIMPLES ALEGAÇÃO DE QUE UM TERCEIRO, QUE NÃO É MORADOR, AUTORIZOU O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE OUTRA PESSOAL E DE QUE O ENTÃO MORADOR, AO SER ENTREVISTADO, PORTOU-SE COM CONDUTA SUSPEITA QUE O COLOCOU COMO TRAFICANTE, SEM, PORÉM, UMA DESCRIÇÃO DETALHADA DESSAS CONDUTAS, SOMADA, AINDA, AO FATO DE NÃO TER SIDO APREENDIDO APETRECHOS OUTROS UTILIZADOS NA MERCANCIA, NÃO SÃO APTOS A JUSTIFICAR, À LUZ DO QUE DECIDIU A CORTE SUPREMA, BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. 3. NESSE CONTEXTO, A ILICITUDE DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E SEM JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA SUA EFETIVAÇÃO ACARRETA A NULIDADE DE TODAS AS PROVAS CONSEQUENTES, CONFORME A DOCTRINA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA, SEGUNDO A QUAL AS PROVAS OBTIDAS EM RAZÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITO MATERIAL SÃO ILÍCITAS, ASSIM COMO O SÃO TAMBÉM TODAS AS QUE DELA DERIVAREM, SALVO QUANDO NÃO COMUNICÁVEIS, SEJA PORQUE NÃO HÁ NEXO DE CAUSALIDADE, SEJA PORQUE PODERIAM TER SIDO OBTIDAS POR UMA FONTE INDEPENDENTE. PRECEDENTES DO STJ. 4. NO CASO, SÃO CONSIDERADAS PROVAS ILÍCITAS A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL, O LAUDO PERICIAL DE CONSTATAÇÃO, PRELIMINAR E DEFINITIVO, DE DROGAS ILÍCITAS E TODAS AQUELAS QUE DERIVARAM, EM NEXO DE CAUSALIDADE, DA PRIMEIRA (BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR), AS QUAIS, POR CONSEQUENTE, DEVEM SER INUTILIZADAS E DESENTRANHADAS, NÃO PODENDO SER USADAS PARA NADA, OU SEJA, NEM PARA A ABSOLVIÇÃO, NEM PARA A CONDENAÇÃO. 5. PERMITIR O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE ALGUÉM FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS E SEM A DEVIDA JUSTIFICATIVA, QUE DEVE SER CLARA, CIRCUNSTANCIADA E POSTERIOR, É ANDAR DE MÃOS DADAS COM AS PRÁTICAS ILEGAIS E ABUSIVAS, COISA QUE O ESTADO-JUIZ NÃO DEVE TOLERAR, RESGUARDANDO, ASSIM, O DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO DOS CIDADÃOS QUE CAMINHAM OS TRILHOS DA RETIDÃO E DA LEGALIDADE. REPITA-SE, ALIÁS: A PROTEÇÃO É VOLTADA NÃO PARA OS CRIMINOSOS, MAS, SIM, PARA O CIDADÃO QUE NÃO COMETE CRIMES E QUE DEVE TER ESSE DIREITO FUNDAMENTAL PRESERVADO. 6. NO CASO, E NO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO, CONSIDERANDO QUE A BUSCA E APREENSÃO E TODAS AS PROVAS DELA DECORRENTES SÃO PROVAS ILÍCITAS, A EXEMPLO DO AUTO DE BUSCA E APREENSÃO, DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, TANTO PRELIMINAR QUANTO DEFINITIVO, CONCLUI-SE QUE NÃO HÁ PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO RELATIVO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. A MATERIALIDADE DO FATO, PARA SER MAIS PRECISO, CORRESPONDE À PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME. SE NÃO HÁ PROVA DA ACERCA DO CRIME, NÃO HÁ PROVA DO TRÁFICO ILÍCITO. SE NÃO HÁ TRÁFICO ILÍCITO, IMPOSSÍVEL SE MOSTRA A CONDENAÇÃO DO APELANTE POR ESSE CRIME, DEVENDO, POR CONSEQUENTE, SER ABSOLVIDO DA IMPUTAÇÃO QUE LHE FOI FEITA. 7. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA, RECONHECENDO A NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E DE TODAS AS PROVAS DELA DECORRENTES, REFORMAR A SENTENÇA E, AUSENTE A PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA, ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO DESCRITA NA DENÚNCIA, DE CONFORMIDADE COM O ARTIGO 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.” (Apelação Criminal 0016035-71.2020.8.27.2729, Rel. Des. ADOLFO AMARO MENDES, julgado em 27/04/2021, DJe 06/05/2021)

Portanto, nulas as provas da materialidade obtidas de maneira irregular,

ausente encontra-se a prova do delito, sendo imperativa a absolvição do acusado. Essa é a conduta exigida pelo devido processo legal que deve nortear o processo acusatório, o direito processual penal em verdadeiro estado democrático, no qual as provas devem ser colhidas sob o manto da constitucionalidade.

Ademais, embora os policiais militares tenham sido ouvidos na delegacia de polícia e em juízo, tais testemunhos, sem a prova da existência da droga e, conseqüentemente, do tráfico ilícito, e na parte que não deriva da conduta ilícita da busca e apreensão domiciliar, não podem subsistir isoladamente, sobretudo quando o apelante negou a prática do crime que lhe foi imputado.

Em desfecho, portanto, consigno que a sentença combatida deve ser reforma, para absolver o apelante da imputação, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, desacolhendo o parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso por presentes os requisitos de admissibilidade, e VOTO NO SENTIDO DE DAR-LHE PROVIMENTO, para, reconhecendo a nulidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e de todas as provas dela decorrentes, reformar a sentença e, ausente a prova da materialidade delitiva, ABSOLVER o apelante da imputação descrita na denúncia, de conformidade com o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Documento eletrônico assinado por ADOLFO AMARO MENDES, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 441340v2 e do código CRC 5d8046bb. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ADOLFO AMARO MENDES Data e Hora: 15/2/2022, às 16:19:4

0037187-78.2020.8.27.2729

441340 .V2

Documento:479330

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037187-78.2020.8.27.2729/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: CESAR LUIZ DA SILVA BARROS (RÉU)  
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DE PROVAS. BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO JUDICIAL. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE DE CRIME PERMANENTE. EXCEÇÃO À INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. PROVA LÍCITA.

1. O tráfico de drogas é um crime permanente e a situação de flagrância consubstancia-se como excepcional causa que admite a mitigação da garantia individual de inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

2. De acordo com a narrativa dos policiais que empreenderam as diligências, o acusado foi abordado em via pública ostentando atitude suspeita – que culminou com a apreensão de 7 “dolas” de maconha e R\$ 70,00 em revista pessoal – além de ter informado à guarnição que em sua residência haveria mais entorpecentes, colaborando para o ingresso dos policiais no local, o que configura a justa causa ou fundadas razões de que no interior daquele imóvel ocorria situação de flagrante delito.

3. Rejeitada a preliminar de nulidade das provas, ao argumento de ausência de mandado judicial e invasão de domicílio.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. PROVA IDÔNEA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE.

4. Demonstradas a materialidade e autoria delitivas do crime de tráfico de drogas, mormente pelas provas documental, pericial e testemunhal indicarem que o apelante foi preso em flagrante transportando, guardando e mantendo em depósito 500,1 g de maconha, a manutenção da condenação é medida que se impõe, afastando-se o pleito absolutório.

5. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, não contraditados por nenhum elemento de prova, formando harmonia com os demais dados dos autos, são provas suficientes a ensejar o decreto condenatório.

6. É irrelevante o fato de o recorrente não ter sido apanhado no momento da mercancia da droga, uma vez que vender, em tema de entorpecente, é apenas uma das condutas típicas e não condição sine qua non do delito de tráfico de drogas, haja vista que para sua configuração basta que a conduta se subsuma em um dos núcleos descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois se trata de crime de ação múltipla.

7. A desclassificação da conduta de tráfico de drogas para o delito de uso

de substância entorpecente somente é admitida diante da comprovação clara e segura da situação alegada, devendo ser afastada a pretensão diante do arcabouço probatório no sentido de que o réu transportava, guardava e mantinha em depósito drogas para comercialização, condutas estas admitidas no tipo penal previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06.

DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORIA. INCABÍVEL.

8. Na hipótese dos autos, o magistrado, embora tivesse reconhecido o tráfico privilegiado, aplicou o redutor mínimo (1/2), levando em consideração a quantidade de droga apreendida.

9. A inexistência de parâmetros legais para a fixação da fração máxima e mínima para incidência do benefício previsto o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, autoriza o juiz a considerar a natureza e a quantidade de droga na fração de 1/2, revelando-se proporcional e adequada ao caso concreto, suficiente para prevenção e reprovação do delito.

PENA DE MULTA. PLEITO DE ISENÇÃO. ALEGAÇÃO DE POBREZA. IMPOSSIBILIDADE.

10. A condenação em pena de multa integra o preceito secundário do tipo penal, não havendo possibilidade de ser desonerada pelo julgador em razão da alegada hipossuficiência do réu, já que se trata de sanção de caráter penal e sua isenção violaria o princípio constitucional da legalidade. Precedentes do STJ.

11. Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

A Egrégia 5ª Turma da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por maioria, vencido o relator, NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto por CESAR LUIZ DA SILVA BARROS, para manter incólume a sentença que o condenou à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão – no regime inicial aberto – além de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, nos termos do voto divergente vencedor da Desembargadora ÂNGELA PRUDENTE, acompanhada pelo Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS.

O Desembargador ADOLFO AMARO MENDES, em voto vencido conheceu do recurso por presentes os requisitos de admissibilidade, e votou no sentido de DAR-LHE PROVIMENTO, para, reconhecendo a nulidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e de todas as provas dela decorrentes, reformar a sentença e, ausente a prova da materialidade delitiva, ABSOLVER o apelante da imputação descrita na denúncia, de conformidade com o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça nesta Instância o Procurador José Demóstenes de Abreu.

Palmas, 08 de fevereiro de 2022.

Documento eletrônico assinado por ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, Relatora do Acórdão, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 479330v6 e do código CRC 29225784. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 22/2/2022, às 17:22:57

Documento:441339

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037187-78.2020.8.27.2729/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: CESAR LUIZ DA SILVA BARROS (RÉU)  
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: POLÍCIA MILITAR-RECURSOS HUMANOS – PALMAS (INTERESSADO)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

#### RELATÓRIO

Adoto como próprio o relatório exarado pela presentante do Ministério Público nesta instância (evento 6), verbis:

“Cuida a espécie de APELAÇÃO CRIMINAL interposta em face da sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas /TO, relativa à condenação do apelante CÉSAR LUIZ DA SILVA BARROS das imputações que lhe foram atribuídas na Ação penal nº 0037187-78.2020.8.27.2729, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei



Federal nº 11.343/2006 ( Lei Antidrogas), em regime inicial aberto, com direito a recorrer em liberdade.

Ressai das razões recursais expendidas o desiderato de reforma do decisum ante a arguição (I) de insuficiência probatória, consubstanciada na alegação de nulidade da prova produzida, porquanto tenham sido as drogas apreendidas em ambiente domiciliar sem mandado judicial; (II) de que a imputação do crime de tráfico deve ser desclassificada para o delito de consumo próprio, de forma subsidiária; III) pela aplicação da maior fração em relação ao tráfico privilegiado reconhecido na sentença e IV) exclusão da pena de multa.

Instado, o apelado apresentou contrarrazões ao evento 108 dos autos principais, oportunidade em que ratificou o acerto do édito condenatório e o improvimento da insurreição. (...).”

Acrescento que a Douta presentante ministerial nesta instância opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo, para manter incólume a sentença guerreada.

É o relatório que encaminho a apreciação do ilustre Revisor Desembargador MARCO VILLAS BOAS.

Documento eletrônico assinado por ADOLFO AMARO MENDES, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 441339v2 e do código CRC 6701dcfc. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ADOLFO AMARO MENDES Data e Hora: 3/12/2021, às 19:20:8

0037187-78.2020.8.27.2729

441339 .V2

Documento:475794

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: CESAR LUIZ DA SILVA BARROS (RÉU)  
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

#### VOTO DIVERGENTE

Para melhor compreensão da celeuma recursal, de rigor um breve retrospecto dos fatos.

Trata-se de Apelação interposta por CESAR LUIZ DA SILVA BARROS em face da sentença (evento 89, autos originários) proferida nos autos da ação nº 0037187-78.2020.8.27.2729, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, na qual foi condenado pela prática do crime descrito no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, cuja pena restou definitivamente estabelecida em 2 anos e 6 meses de reclusão – no regime inicial aberto – além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. Ao final, a pena corpórea foi substituída por duas penas restritivas de direitos, com supedâneo no art. 44, do Código Penal.

Segundo se extrai da denúncia, no dia 02/09/2020, por volta das 16h30min, na Rua T-22, Santa Fé, 1ª Etapa, em Palmas-TO, o acusado, ora apelante, foi flagrado trazendo consigo/guardando/mantendo em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comércio ilegal, 01 (um) saco plástico transparente contendo 54 (cinquenta e quatro) trouxas envoltas em plástico transparente de substância vegetal prensada, somada a uma barra de substância vegetal prensada, e mais 2 (duas) pequenas porções de substância vegetal prensada, todas envolvidas em plástico filme transparente, totalizando a massa líquida de 500,1 g (quinhentas gramas e um decigrama) de maconha. Consta que nas circunstâncias de tempo e local citadas, policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram o denunciado em atitude suspeita, ao que resolveram retornar com a viatura e realizar a abordagem. Ao ser feita a busca pessoal no acusado, foram encontrados, em seu bolso, 07 (sete) papелotes de maconha doladas em plástico filme transparente, bem como a quantia de R\$ 70,00 (setenta) reais.

Ato contínuo, em entrevista pessoal com o flagrado, este afirmou que teria mais entorpecentes em sua residência, momento em que os policiais se deslocaram até o local e apreenderam o restante da droga mantida em depósito, que totalizou 54 (cinquenta e quatro) trouxas de maconha, envolvidas em saco plástico filme, somada a uma barra de substância vegetal prensada e mais 2 (duas) pequenas porções de substância vegetal prensada, todas envolvidas em plástico filme transparente e mais objetos como 04 (quatro) rolos de plástico filme, balança de precisão, diversos celulares e o restante do dinheiro.

Em razão do exposto, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, caput, do Código Penal, denúncia esta recebida em 18/11/2020. Feita a instrução, o d. juiz aquo julgou procedente a pretensão punitiva estatal,

condenando o apelante nos termos declinados em linhas pretéritas. No recurso em análise, em síntese, a defesa suscita preliminar de nulidade das provas obtidas por meios ilícitos, ante a ofensa à proteção constitucional do domicílio. Ressalta, ainda, que não havia nenhuma investigação anterior ou diligência empreendida quanto à ocorrência do crime permanente naquela localidade, tampouco mandado judicial que legitimasse o ingresso no domicílio, pelo que requer o reconhecimento da nulidade absoluta das provas produzidas.

No mérito, aduz que não restaram configurados os atos típicos da mercancia de drogas, pelo que requer sua absolvição, com fulcro no princípio do in dubio pro reo, ou a desclassificação para a conduta prevista no art. 28, da Lei nº 11.343/06. Em caráter subsidiário, pugna pela incidência da fração máxima da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, isto é, 2/3, bem como a exclusão da pena de multa em virtude de sua hipossuficiência financeira.

Em sede de contrarrazões, o apelado propugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso, a fim de que a sentença seja mantida em seus exatos termos. No mesmo sentido, opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça.

Aportados os autos a este Tribunal, sua relatoria coube ao e. Desembargador Adolfo Amaro Mendes, o qual entendeu por DAR PROVIMENTO ao recurso, para reconhecer a nulidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e de todas as provas dela decorrentes. Por consectário, ausente a prova da materialidade delitiva, absolveu o apelante da imputação descrita na denúncia, em conformidade com o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Todavia, analisando o caso, ousou, com as devidas vênias, divergir do entendimento sufragado pelo nobre Desembargador, consoante as razões que passo a expor.

Da preliminar de nulidade das provas. Ofensa à inviolabilidade domiciliar.

Prefacialmente, a defesa requer que seja declarada a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão, sob a alegação de que estas são ilegais, em razão da ofensa à inviolabilidade domiciliar (invasão domiciliar sem autorização judicial), tese acolhida pelo conspícuo Relator e da qual não coaduno.

A Constituição Federal, de fato, assegura, como garantia individual, a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI, CF).

Contudo, o crime de tráfico de drogas, na modalidade guardar e ter em depósito, configura crime permanente, de modo que o agente permanece em estado de flagrância enquanto a droga estiver em seu poder/domicílio, e a situação de flagrância consubstancia-se como excepcional causa que admite a mitigação da garantia individual de inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Na hipótese, segundo relatos dos policiais militares, haviam fundadas suspeitas quando o acusado foi abordado em via pública, sendo localizados em revista pessoal 7 invólucros de maconha, enquanto em sua residência, indicada pelo próprio acusado como local de depósito e guarda de mais entorpecentes, foram localizados, além de maconha, apetrechos típicos da traficância, consoante faz prova o auto de exibição e apreensão acostado

aos autos do Inquérito Policial.

Neste momento, curial ressaltar que o policial militar Creinaldo Gomes dos Santos afirmou que o acusado “autorizou nosso ingresso na casa”, assim como o também policial Cleuber Monteiro Gomes, que participou da diligência, foi categórico quanto à colaboração do acusado, o qual “não apresentou resistência, questionado se haveria mais droga de pronto respondeu que sim e levou os policiais até sua residência, sendo que a polícia não se utilizou de força para contê-lo” (evento 61, autos de origem).

Inclusive, a versão dos policiais quanto à colaboração e amistosidade do acusado apresenta-se a mais verossímil em cotejo às demais provas produzidas nos autos, na medida em que a versão do flagrado em juízo de que teria sofrido agressões por parte dos agentes não encontra respaldo no exame de corpo de delito realizado no mesmo dia do fato, o qual atestou não “apresentar sinais externos de violência física”, tampouco ofensa à sua integridade física (evento 31, autos do IP).

Veja-se, portanto, que as fundadas suspeitas da prática do crime de tráfico de drogas e a justa causa para busca domiciliar restaram delineadas, sendo consabido que a situação de flagrância dispensa a apresentação de mandado judicial para o acesso ao domicílio, não obstante os relatos indicarem a autorização do flagrado quanto ao ingresso.

Ademais, tais suspeitas se confirmaram com a apreensão de um total de 500,1g de maconha, 3 aparelhos celulares, 4 rolos de papel plástico filme, balança digital de precisão, caderno de anotação, além da quantia de R\$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais) – vide auto de exibição e apreensão e laudo de exame pericial físico descritivo direto de objetos (eventos 1 e 55, autos do IP).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INVASÃO A DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDÍCIOS PRÉVIOS DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

PERICULOSIDADE DA AGENTE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA EM SUA RESIDÊNCIA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1.

(...) 2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça – STJ consolidou-se no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade “guardar” é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, independente de mandado judicial. Ademais, no caso dos autos, verifica-se da peça acusatória, que os policiais militares estavam em patrulhamento pela região e receberam informação de que a paciente estaria vendendo drogas naquela via pública e se deslocaram para o local, surpreendendo-a em frente ao imóvel. (...) Nesse contexto, a partir da leitura dos autos, verifica-se que foi constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, o que autoriza a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio dos agentes, por ausência de mandado judicial. 3. (...) (STJ. HC 629.141/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021) – grifei

No julgamento recente de caso análogo ao em debate, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça legitimou o ingresso de policiais militares em imóvel sem mandado judicial, diante da fundada suspeita da situação de

flagrância, conforme se depreende no seguinte aresto: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. Extraí-se do decreto fundamentação válida, com base nas circunstâncias fáticas, das quais se depreende a apreensão de 1kg de cocaína e duas balanças de precisão, de modo que inexiste ilegalidade da prisão. 2. Hipótese em que não se verifica manifesta ilegalidade por violação de domicílio. Extraí-se do contexto fático delineado a existência de elementos concretos que estariam a evidenciar a ocorrência de flagrante delito, e, assim, motivar o ingresso no imóvel sem mandado judicial. 3. Ao ser abordado por conduta suspeita e indagado a respeito de sua residência, o ora agravante conduziu a guarnição policial por duas vezes ao endereço errado, tendo, ainda, tentado subornar os policiais para que não prosseguissem na averiguação de possível prática de tráfico, e, após indicar o endereço correto, fugiu da viatura, não havendo manifesta ilegalidade na entrada no domicílio. 4. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no HC 690.360/SE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021) – grifei

Em julgados outros, os quais subsidiaram o entendimento do e. Desembargador Relator, embora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entenda que o estado de flagrância, em crimes tais, protela-se no tempo, não se tratando de circunstância a justificar, isoladamente, a busca domiciliar desprovida de mandado judicial, “exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito” (HC 620.515/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021), quer dizer, a exigência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão, tenho que este requisito também restou atendido na espécie. Isso porque, repisa-se, de acordo com a narrativa dos policiais que empreenderam as diligências, o acusado foi abordado em via pública ostentando atitude suspeita – que culminou com a apreensão de 7 “dolas” de maconha e R\$ 70,00 em revista pessoal – além de ter informado à guarnição que em sua residência haveria mais entorpecentes, colaborando para o ingresso dos policiais no local, o que, a meu ver, configura a justa causa ou fundadas razões de que no interior daquele imóvel ocorria situação de flagrante delito.

Tal entendimento, inclusive, não destoa da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede Repercussão Geral (Tema 280) – segundo a qual, “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando 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” – a uma porque, como se cansou de dizer, haviam fundadas razões para ingresso, a duas porque as provas indicam que não houve entrada forçada dos policiais em domicílio, a qual foi franqueada pelo próprio acusado.

Para melhor elucidação, transcrevo o julgado representativo:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral.

2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente.

Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso

forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. 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. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (STF. RE 603616, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) Assim sendo, não há que se falar, nesse contexto, em nulidade do ato, conforme remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, inclusive da Sexta Turma, e da própria Corte Suprema, uma vez que não houve qualquer ilicitude que pudesse contaminá-lo. Superada a única questão prejudicial aventada pelo recorrente, consistindo este o ponto da divergência inaugurada, passa-se à análise de mérito.

Do pleito absolutório e desclassificatório.

Como visto, o recorrente postula sua absolvição da conduta descrita na denúncia, sob o argumento de que o conjunto probatório angariado nos autos não cuidou em demonstrar atos típicos da traficância de drogas. Entretanto, avaliando os fatos narrados na denúncia em cotejo com as provas existentes nos autos, não há que se dar guarida ao pleito recursal, pois os elementos de convicção coligidos na fase inquisitorial, aliados àqueles obtidos em Juízo sob o crivo do contraditório, são mais do que suficientes para conduzir à certeza de que as substâncias entorpecentes encontradas consigo e em sua residência destinavam-se ao tráfico. In casu, a materialidade do delito é indubitosa, estando ela estampada pelo auto de prisão em flagrante nº 11822/2020, boletim de ocorrência nº

00050736/2020, auto de exibição e apreensão, laudo de exame pericial toxicológico, laudo de exame pericial de constatação de objetos, além dos depoimentos das testemunhas colhidos na fase inquisitiva e em juízo (eventos 1, 39 e 55, autos nº 0033963-35.2020.8.27.2729).

No que diz respeito à autoria, ao contrário das alegações do recorrente, esta também é inconteste diante da prova oral colhida durante a instrução criminal.

Tanto na fase inquisitiva, quanto em juízo, o apelante negou a autoria delitiva, declarando, perante o juiz, “que trabalha como auxiliar de armazém e recebe cerca de R\$2.000,00; tinha uma companheira com quem morava quando foi preso; já foi preso por 157 do CP e 306 do CTB. Disse que foi abordado pela P2 e depois veio a Polícia Militar e estava com dois pedaços de maconha que usaria com seu amigo. Disse que pegou a droga para fumar, tendo pago R\$650,00 no pedaço, e disse ser usuário e que trabalha e sustenta seu vício. Nega que pegou para vender. Nega sobre a balança e sobre a droga dolada. Disse que invadiram sua casa e bateram em sua mulher. Disse que é viciado desde os 12 anos de idade. Sua esposa não trabalha. Seu salário era semanal, cerca de R\$ 450,00. Pagava R\$ 550,00 de aluguel. Consumia cerca de 400 g de maconha por mês. Também é viciado em cocaína. Não tem conhecimento da balança. O nome do seu amigo é Jheyjhey com quem fumaria aquele dia” (evento 61, autos de origem).

Todavia, a alegação do recorrente não convence, estando em descompasso com o conjunto probatório inserto aos autos, notadamente os depoimentos dos policiais militares que realizaram as diligências e, diante da busca em sua residência, localizaram a droga, cujas declarações confirmaram aquelas prestadas na fase inquisitorial, consoante se depreende a seguir:

(...) Creinaldo Gomes dos Santos – “Estávamos em patrulhamento no setor Santa Fé e passamos pelo réu; o réu teve comportamento alheio ao normal, realizamos a abordagem e encontramos 7 papелotes de droga e cerca de R\$ 70 reais com o réu; o réu nos disse que tinha mais droga em casa; nos deslocamos até a residência do réu, encontramos mais entorpecente, demos voz de prisão e conduzimos até a delegacia; o réu estava a pé; o réu estava sozinho; o réu estava a pé e sozinho; a droga encontrada era maconha, distribuída em papелotes, cerca de sete; a droga estava dolada, pronta pra venda; a frase inicial dos traficantes é se declararem usuários, mas aí a gente troca informação com o serviço de inteligência; o serviço de inteligência nos informou que ele era traficante na área; o réu posteriormente nos disse que estava vendendo droga; quando prendemos enviamos foto para a equipe do serviço de inteligência; a residência do réu era no mesmo setor em que ele foi apreendido; uma moça se identificou como sendo esposa do réu, ela estava sozinha na casa; o réu autorizou nosso ingresso na casa; a droga estava sobre o balcão da residência, quando entramos já era visível, provavelmente a esposa dele estava separando pra ele; apreendemos balança de precisão, e uma faca suja de droga, utilizada para o corte da droga; havia droga preparada para a venda, e outra parte estava sendo preparada; acho que tinha celulares lá; não me recordo se foi apreendido mais dinheiro dentro da casa; que eu me lembre, o réu tinha uma passagem por roubo, que ele próprio me falou; o réu foi bem tranquilo, abriu o jogo que tinha mais droga em casa, e que vendia, ele foi sincero; o réu nos disse que a droga era para a comercialização; ele disse que a droga não era da esposa dele, a droga era dele; na rua foi apreendida maconha com ele, umas dolas; as dolas eram em média de cinquenta; quem é usuário não anda com 7 dolas no bolso; o usuário leva apenas a droga de uso e compartilhamento com alguém; (...);

não consigo controlar o que o réu fala na delegacia; chegamos a uma situação, quantidade elevada de drogas; não sou eu que digo se ele é ou não traficante; não houve agressão física, somos estritos cumpridores do nosso dever legal.” (...)

(...) Cleuber Monteiro Gomes – “Patrulhávamos no setor Santa Fé, e avistamos o Cezar; ele ficou nervoso, em atitude que no dia a dia consideramos suspeita; encontramos com ele uns papelotes de maconha; quando questionamos, ele disse que na residência tinha mais droga; no balcão havia mais droga; encontramos mais dinheiro, balança de precisão, celular; o réu estava sozinho no momento da abordagem; As drogas estavam no bolso, separadas em porções, em papelotes, cerca de 7 ou mais. O acusado disse que estava naquele local aguardando alguém para entregar a droga. Não viu a namorada do acusado, pois ficou com o acusado. Na casa, as drogas estavam em cima do balcão. O acusado estava preocupado com a sua mulher que seria despejada pelo dono da casa que viu a abordagem da Polícia. (...) Considera que o acusado colaborou, pois não apresentou resistência, questionado se haveria mais droga, de pronto respondeu que sim e levou os policiais até sua residência, e a polícia não precisou se utilizar de força para contê-lo. (...) (evento 61, autos de origem) Como visto, as circunstâncias de apreensão da droga traçadas pelos depoimentos policiais elucidam a prática criminosa, servindo como importante elemento de convicção na condenação do acusado.

Convém destacar que, além das testemunhas policiais não terem sido contraditadas, a orientação pretoriana é no sentido de que constituem prova idônea seus respectivos depoimentos, como de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estar em consonância com o conjunto probatório dos autos, como na espécie. A propósito, tal entendimento tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, para quem “inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais. Na realidade, 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 demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (HC 73518, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO). No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVA. VALOR PROBANTE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO EVIDENCIADO. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...) 4. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Nessa linha: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 5/8/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/5/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 17/3/2016. 5. A conclusão



da instância ordinária está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. 6. Writ não conhecido. (STJ. HC 626.539/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021) – grifei

Como se sabe, vigora no Processo Penal o princípio do livre convencimento motivado/persuasão racional, sendo lícito ao julgador apreciar livremente a prova judicializada, nos termos do artigo 155, do CPP1, em busca da verdade real, proferindo sua decisão, contudo, de forma fundamentada, com o que não há qualquer impedimento de consideração no decreto condenatório.

Nesse contexto, é mister destacar que o contato pessoal do Juiz primevo com as partes e testemunhas adquire importância ainda maior, uma vez que é durante a audiência que o Magistrado tem a oportunidade de perceber as nuances das suas declarações, capazes de indicarem se estão faltando ou não com a verdade.

Ademais, a defesa não se desincumbiu de infirmar os testemunhos dos policiais militares ou de corroborar a negativa de autoria aduzida pelo acusado, pois a prática do tráfico de entorpecentes encontra respaldo não somente na prova oral, como também nas circunstâncias da apreensão da droga – ressaíndo daí a quantidade de 500,1g de maconha, além da apreensão de apetrechos típicos da traficância – restando devidamente evidenciado que o recorrente traficava, não sendo demais asseverar que o tipo penal previsto no art. 33, da Lei 11.343/06 é de ação múltipla, em que são admitidas as 18 (dezoito) condutas, dentre as quais, transportar, trazer consigo, guardar e manter em depósito.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO. MODALIDADE TENTADA. NÃO OCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. ACUSADO QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. Não se pode falar na tentativa delitiva, uma vez que, conforme consignado pela Corte de origem, o réu estava na posse de entorpecente que havia sido transportado do exterior, preenchendo assim indene de dúvidas os elementos do núcleo verbal "trazer consigo" e "transportar", configurando exaurimento do crime a hipótese do entorpecente chegar ao seu suposto destino (e-STJ fls.358). 3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 4. No presente caso, o Tribunal a quo, no ponto, consignou, a partir da análise das provas, que o acusado integra organização criminosa. Ora, para se acolher a tese de que

o ora agravante não participa de organização criminosa, possibilitando a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AgRg no AREsp 1740701/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020) – grifei

Vender, em tema de entorpecente, é apenas uma das condutas típicas e não condição sine qua non do delito de tráfico de ilícito, uma vez que deve ser considerado traficante não apenas quem comercializa entorpecente, mas todo aquele que de algum modo participa da produção, armazenamento e da circulação de drogas.

Oportuna a citação de julgado do STJ sobre a questão:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. DELITO UNISSUBSISTENTE. REVISTA ÍNTIMA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. RECURSO PROVIDO. (...) 4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível. (...) 12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator. (STJ – REsp 1523735/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) – grifei

Além disso, mesmo que seja demonstrada sua condição de toxicômano, como pretende a defesa, certo é que, para se distinguir o usuário do traficante, não basta um fato isolado, mas sim, o conjunto de informações obtidas. Há de se levar em conta todos os fatores em que incidiram a prática criminosa, até porque, a mera alegação de que o acusado é usuário de substância entorpecente é circunstância perfeitamente compatível com o crime de tráfico previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06. Antes, deve ser inequivocamente demonstrado que a droga tinha como destino o uso exclusivo do réu, o que não restou incontestado no caso sub judice.

E como já exaustivamente declinado, as circunstâncias da apreensão do entorpecente e as provas orais e documentais comprovam a prática do delito de tráfico de drogas, não havendo o mínimo espaço para incidência do princípio in dubio pro reo, tampouco para a desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Logo, de rigor a manutenção da condenação do apelante.

Da dosimetria

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja

proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime. Sabe-se também que o juiz, quando da fixação das penas, tem algum espaço discricionário para valorar as circunstâncias judiciais, objetivando a necessária prevenção e repressão do crime, sempre respeitando os limites previstos no tipo legal. A discricionariedade em questão deve vir acompanhada, para ser validada, de fundamentação idônea, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade inaceitável.

O crime de tráfico de drogas prevê pena de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Na primeira fase dosimétrica, o d. magistrado sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal, isto é, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, por entender que não pairam em desfavor do condenado quaisquer das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal. A pena tornou-se provisória, neste patamar, ao considerar que não incidem ao caso circunstâncias atenuantes e/ou agravantes da pena.

Na terceira fase, não concorrem causas especiais de aumento da pena, enquanto foi reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à razão de  $\frac{1}{2}$ , sob o seguinte fundamento:

Reconheço o privilégio, devendo ser aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.340/06, uma vez que preenchidos os requisitos legais. Diante da quantidade de droga apreendida: 540 gramas de maconha, que não pode ser tida como pequena, deixo de reduzir a pena no máximo legal previsto, para aplicar a redução de  $\frac{1}{2}$  (metade).

Neste ponto, a defesa requesta a incidência da minorante em seu patamar máximo legal, qual seja, 2/3. Todavia, sem razão.

Isso porque, no que tange à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado), há de se considerar que a natureza da droga e a expressiva quantidade apreendida constituem circunstâncias preponderantes, e que, apesar da maconha não ostentar alto potencial lesivo frente a outras drogas, certo é que a quantidade apreendida alcançaria um número expressivo de usuários, o que justifica um juízo de maior rigor.

Vertendo no mesmo sentido, a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.

11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NA PRESENTE VIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. I – A parte que se considerar agravada por decisão de

relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II – O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante,

quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. III – Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias da apreensão das drogas e da prisão em flagrante do paciente, "porquanto vendia e trazia consigo auxiliado pelo corréu – para fins de entrega ao consumo de terceiros e em conhecido ponto de venda de drogas", "11,8g de cocaína, acondicionada em 14 porções, 1,2g de cocaína na forma de crack, acondicionada em 8 porções, e 44,3g de maconha, acondicionada em 18 invólucros", elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Agravo desprovido. (STJ. AgRg no HC 695.486/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 16/12/2021) – grifei

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. OUTRAS PROVAS. MUDANÇA DO PATAMAR REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A condenação está embasada, precipuamente, na prisão em flagrante, na apreensão da droga e no depoimento dos policiais que participaram da operação. Comprovada a materialidade delitiva, bem como a autoria do crime de tráfico de drogas através do robusto acervo probatório, em especial, pelos relatos testemunhais, impossível a absolvição. Sendo o contexto fático probatório forte e suficiente para caracterização do delito de tráfico de drogas em quaisquer dos verbos típicos previstos no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343 /2006, impõe-se a manutenção do édito condenatório. 2. Como já sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há ilegalidade na condenação penal baseada em depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, desde que submetidos ao crivo do contraditório e corroborados por outros meios de prova (STJ – AgRg no REsp: 1216354 SP 2010/0192954–8, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 27/03/2014, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2014). 3. Ouvidos em juízo, os policiais que fizeram a abordagem do apelante e seus comparsas trouxeram depoimento no sentido de que os réus são autores do delito de tráfico de drogas. Inexiste óbice legal em relação aos depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante, tendo seu testemunho tanto valor quanto o de qualquer outra pessoa, ainda mais quando corroborado em juízo. 4. Quanto ao pedido de subsidiário do recorrente referente ao quantum de diminuição de pena na aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei n. 1.343/2006, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal que "o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo" (STF, 1 Turma, HC 103.430/ MG, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/08/2010, DJe 168 09/09/2010). 5. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução da pena com base no § 4º do art. 33 da Lei 11.343 /2006, a natureza e a quantidade de droga apreendida podem ser utilizadas para definir a fração redutora, estabelecida entre 1/6 e 2/3.

Adoção razoável, no caso, da fração de 1/3 em face da quantidade da droga. 6. Recurso conhecido e não provido. (TJT0. Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) 0000994-59.2019.8.27.2742, Rel. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, GAB. DO DES. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, julgado em 18/05/2021, DJe 27/05/2021) – grifei

Logo, considerando a relevância da quantidade de droga apreendida, e, ainda que, essa mesma circunstância não foi mensurada na primeira etapa dosimétrica, correta a aplicação do redutor em  $\frac{1}{2}$ , mantendo-se a pena definitiva do condenado em 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, calculados à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Quanto à pena de multa, rejeito o pleito de exclusão ou redução formulado pela defesa.

Isso porque, a situação econômica do condenado não é causa de exclusão de pena, não se encontrando no sistema jurídico-penal brasileiro nenhuma previsão desta natureza; ao contrário, o artigo 60, do Código Penal<sup>2</sup>, prescreve que o magistrado, no momento da aplicação da pena de multa, deve atender, principalmente, à situação econômica do réu e não isentá-lo da sanção cabível.

Com efeito, ainda que se reconheça a condição de pobreza do apelante, impende destacar que não é possível a isenção da pena de multa, haja vista que esta é de aplicação obrigatória, tratando-se de sanção que integra o preceito secundário do tipo penal.

Noutras palavras, não compete ao julgador, sob qualquer pretexto não previsto na própria legislação, isentar alguém da pena estabelecida pelo legislador ordinário, já que, assim, estaria criando nova norma, ferindo sobremaneira o princípio constitucional da legalidade. A propósito: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1708352/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 04/12/2020) Na espécie, o que se verifica é que a pena pecuniária foi aplicada de forma proporcional à pena privativa de liberdade não havendo reparos a serem efetivados. Inclusive, o juízo sentenciante arbitrou os respectivos dias-multa no menor valor unitário possível, ou seja, um trigésimo do salário-mínimo.

Assim, impossível afastar a pena de multa nos moldes requeridos pelo apelante.

Por derradeiro, tendo em vista que a pena corpórea não ultrapassou os quatro anos, mantenho o regime inicial aberto de cumprimento da pena, tal como consignado na sentença, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, sendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por atender aos requisitos do art. 44, do Código Penal.

Ante o exposto, divergindo do entendimento exarado pelo conspícuo Relator, encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto por CESAR LUIZ DA SILVA BARROS, para manter incólume a sentença que o condenou à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão – no regime inicial aberto – além de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Documento eletrônico assinado por ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, Vogal, na

forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 475794v3 e do código CRC 9c7d7bec. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 16/2/2022, às 18:3:17

1. Art. 155, CPP. 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.

2. Art. 60 – Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º – A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

0037187-78.2020.8.27.2729

475794 .V3

Extrato de Ata

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 08/02/2022

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037187-78.2020.8.27.2729/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

REVISOR: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

PRESIDENTE: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

PROCURADOR (A): JOSÉ DEMÓSTENES DE ABREU

APELANTE: CESAR LUIZ DA SILVA BARROS (RÉU)

ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

Certifico que a 1ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

SOB A PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR ADOLFO AMARO MENDES, A 5ª TURMA JULGADORA DECIDIU, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR CESAR LUIZ DA SILVA BARROS, PARA MANTER INCÓLUME A SENTENÇA QUE O CONDENOU À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO – NO REGIME INICIAL ABERTO – ALÉM DE 250 DIAS–MULTA, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, NOS TERMOS DO VOTO DIVERGENTE VENCEDOR DA DESEMBARGADORA ÂNGELA PRUDENTE, ACOMPANHADA PELO DESEMBARGADOR MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS.O DESEMBARGADOR ADOLFO AMARO MENDES, EM VOTO VENCIDO NO SENTIDO DE DAR-LHE PROVIMENTO, PARA, RECONHECENDO A NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E DE TODAS AS PROVAS DELA DECORRENTES, REFORMAR A SENTENÇA E, AUSENTE A PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA, ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO DESCRITA NA DENÚNCIA, DE CONFORMIDADE COM O ART. 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

RELATORA DO ACÓRDÃO: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

Votante: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

Votante: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

Votante: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

WANDELBERTE RODRIGUES DE OLIVEIRA

Secretário

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES

Divergência – GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE – Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE.