

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000908-06.2014.8.05.0114 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTANA Advogado (s): NELSON ROSA DA CUNHA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA DE FOGO. ART. 33 DA LEI 11343/06 E ART. 14 DA LEI 10826/03. 1) PRELIMINARES. AFASTADAS. 1.1) AUSÊNCIA DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA POR INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF). 1.2) AUSÊNCIA DE NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. JUSTA CAUSA VERIFICADA. CONTEXTO DA CHAMADA OPERAÇÃO PAPAÍ NOEL. 02 (DOIS) MESES EM DILIGÊNCIAS E INVESTIGAÇÕES. 1.3) AUSÊNCIA DE NULIDADE POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. MATÉRIA PRECLUSA COM A SUPERVENIÊNCIA DO ÉDITO CODNENATÓRIO. PRECEDENTES STF E STJ. 2) MÉRITO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO ART. 33 DA LEI 11343/06. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. CUMPRIMENTO EFETIVO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR POLICIAIS E DA BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO DA PRISÃO DEMONSTRA A MERCANCIA, CONSIDERANDO A QUANTIDADE, NATUREZA E ACONDICIONAMENTO DA DROGA. PLEITO ABSOLVIÇÃO ART. 14 DA LEI 10826/03. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INAPLICÁVEL NO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. ADEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. APUROU-SE SE DEDICAR À ATIVIDADES CRIMINOSAS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Suscita o apelante, em preliminar de recurso, a nulidade por cerceamento de defesa, por inversão da ordem de oitiva do réu, inobservado o procedimento do art. 400, do CPP, que prevê o interrogatório do réu como o último ato da instrução processual. Note-se que, a despeito de se evidenciar que a inversão da ordem de interrogatório representa hipótese de nulidade processual, trata-se, em verdade, de uma nulidade relativa, que está condicionado à demonstração de prejuízo. Não se prioriza, portanto, a forma pela forma, mas em verdade o desiderato atingido pelo ato. Por isso, a eventual não obediência as formalidades previstas na legislação processual só podem acarretar a invalidade do ato quando a sua finalidade for comprometida em decorrência do vício levantado, de forma a trazer eventual prejuízo a qualquer das partes da relação processual, o que, de forma definitiva, no entendimento deste Relator, não é o caso dos autos. 2. Suscita o apelante a nulidade da prova sobre a qual repousa a materialidade do delito que lhe é imputado, por suposta ausência de justa causa para a busca domiciliar. No caso dos autos, extrai-se do Auto de Prisão em Flagrante que as autoridades policiais, que se encontravam há 02 (dois) meses em diligências e investigações no sentido de levantar os pontos de drogas existentes nas localidades da Pituba I e Pituba II, em Itacaré/BA, sendo catalogados pelo Serviço de Missões Especiais (SME) da 72ª CIPM alguns pontos de drogas, onde foi constatado, no contexto da chamada Operação Papai Noel, a comercialização de substâncias entorpecentes, incluindo a residência do ora recorrente. Por conseguinte, as guarnições da SME/72ª CIPM e SME/CIPT/Central/Salvador “iniciaram campanha no sentido visualizar a movimentação que ocorriam nos pontos de drogados já catalogados e de onde partiam as substâncias entorpecentes para alimentar os usuários de drogas”, e que, após observar a entrada e saída de pessoas nas referidas casas catalogadas pelo SME, as equipes de

polícia fariam as suas abordagens e referidas prisões. Assim, em consonância com o entendimento jurisprudencial pátrio acima transcrito, bem como em razão do parecer emitido pela douta Procuradoria de Justiça, resta afastada a preliminar suscitada pela defesa, reconhecendo a validade da busca residencial. 3. Ao fim das preliminares suscitadas, a Defesa técnica do réu argui nulidade do feito ab initio, sob o argumento de que a denúncia é inepta. Razão não lhe assiste. Isso porque a exordial acusatória apresentada pelo órgão ministerial preencheu todos os requisitos exigidos pela legislação processual penal em vigor (inteligência do artigo 41 do Código de Processo Penal), porquanto tenha procedido com a clara qualificação do acusado, descrevendo, de forma circunstanciada, a infração penal a ele imputada, com todas as suas circunstâncias e elementares, permitindo-lhe a compreensão da acusação formal e, por conseguinte, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo que a denúncia apresentou rol de testemunhas e foi instruída com suporte probatório mínimo, inexistindo qualquer mácula na petição inicial da ação penal. 4. Ademais, ad argumentandum tantum, importante rememorar que após a prolação da sentença penal resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, consoante pacífico entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal. 5. Emerge dos autos que o Magistrado de primeiro grau condenou o recorrente a uma pena definitiva de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito tipificado no artigo 33 e 35 da Lei 11.343/2006 c/c art. 16 da Lei 10.826/2003. 6. Conforme a exordial acusatória, no dia 6 de dezembro de 2014, por volta das 5hs, próximo ao bairro de Pituba I e II, em Itacaré/BA, o recorrente fora surpreendido por Policiais Militares lotados na 72ª CIPM desta cidade, durante as ações investigatórias no contexto da chamada Operação Papai Noel, destinada ao combate ao crime de tráfico de drogas nesta cidade, “tendo em depósito e prontas para comercialização no varejo diversos tipos de drogas, dentre elas o vegetal cannabis sativa, o alcaloide cocaína e crack, esta um subproduto do alcaloide cocaína, além de uma balança de precisão, petrechos para embalar droga e munição do calibre .38, tudo armazenado no interior da casa dos denunciados”, conforme se infere dos respectivos autos de exibição e apreensão. 7. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo se adeque a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância. 8. Atestando a natureza das substâncias, o laudo de constatação provisório (ID 37281091, fl. 30) e o laudo pericial definitivo (ID 67281093) constatarem que fora positivo o resultado para tetrahydrocannabinol e para benzoilmetilecgonina, substâncias proscritas e popularmente conhecidas como maconha e cocaína, respectivamente. Quanto à autoria, o réu, embora tenha negado a prática do crime quando interrogado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, é indubitável, porquanto os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante são estremos de dúvida e, somados às circunstâncias que envolvem a prisão, são fatores suficientes para formação do juízo de culpabilidade. 9. Importante salientar que a palavra de policiais é revestida de fé pública, merecedora não só da comum credibilidade como também de presunção de veracidade. De acordo com o entendimento consagrado

pela doutrina e pela jurisprudência, a credibilidade desses depoimentos somente pode ser afastada por prova estreme de dúvida. Os depoimentos anteriormente transcritos se encontram em harmonia com as provas dos autos, tornando infundado, ressalte-se, qualquer argumento de que os policiais sejam os seus perseguidores, cujo interesse seria a sua incriminação. 10. A doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à admissibilidade e validade do testemunho de policiais como meio de prova, concedendo-lhe a mesma credibilidade dos testemunhos em geral, mormente quando os agentes se encontravam no momento e no local do crime, ou tiveram atuação nas investigações e quando os seus relatos são confirmados pelo próprio contexto probatório. 11. Por sua vez, no que diz respeito à desclassificação do delito de tráfico para o de uso previsto no art. 28 da Lei de Drogas, não merece guarida a irresignação do recorrente. Isso porque, além de fundadas as razões que precederam a ação dos policiais, as circunstâncias que se apresentaram demonstram a finalidade mercantil da droga apreendida, afastando-se a desclassificação do delito de tráfico para o de uso previsto no art. 28 da Lei de Drogas, haja vista que fora apreendida 3 (três) tabletes grandes de maconha, 31 (trinta e uma) buchas de cocaína e 01 (uma) bucha grande de cocaína, em conjunto com balança de precisão em sua residência, não se permitindo concluir que seja ele apenas usuário. Ademais, não se podendo obliterar, igualmente, que se afigura despiciendo ser o agente no momento certo da prática da mercancia para se caracterizar o delito de tráfico de drogas. A apreensão de quantidade de grande importância de entorpecentes em poder do agente e a forma do acondicionamento da droga, acrescidas das palavras consistentes das testemunhas, vislumbra uma conjuntura fática e delitiva irrepreensível à conformação da traficância. 12. Sobre o crime de porte ilegal de arma de fogo, especificamente quanto ao requerimento de absolvição com fulcro no princípio da insignificância, sem razão ao requerente. 13. O Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/2003 está intrinsecamente relacionado ao direito à segurança, previsto constitucionalmente, sendo, para os seus defensores, uma forma de coibir que qualquer pessoa tenha o porte ou a posse de arma de fogo. Sabe-se que os crimes de posse e porte de arma de fogo e/ou munição estão dentro da classificação como de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, trata-se de conduta típica o simples fato de possuir arma de fogo ou munição, uma vez que o crime formal não necessita de modificação do mundo exterior para a sua consumação. Assim, perante o caráter formal dos delitos de posse e porte de arma de fogo, afigura-se despicienda a realização de perícia para comprovação do seu potencial lesivo. 14. No caso dos autos, a despeito de se constatar a irrisória quantidade de munições apreendidas a incidir o referido princípio da insignificância, afastando, no caso concreto, a tipicidade material delitiva, as munições foram apreendidas no contexto de tráfico de drogas, demonstrando que o acusado estava envolvido com a criminalidade. À vista disso, é certo que a conduta praticada não se mostra revestida de mínima ofensividade e reduzido grau de reprovabilidade, inviabilizando, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância. Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que fixou a seguinte tese: “Não é possível aplicar o princípio da insignificância aos delitos de porte ou posse de munição, de uso permitido ou restrito, ainda que em pequena quantidade e desacompanhada de armamento apto ao disparo, se a apreensão acontecer no contexto do cometimento de outro crime”. 15. Passo agora à análise do pedido subsidiário, quanto à dosimetria da pena base aplicada ao acusado. No ordenamento jurídico pátrio adota-se o sistema

trifásico, composto das seguintes fases: na primeira, analisa-se as circunstâncias judiciais do crime; na segunda, as atenuantes e as agravantes; por fim, na terceira, considera-se quais são as causas de aumento e de diminuição. Nestas fases do cálculo da pena, o Magistrado atém-se a elementos que caracterizaram o crime, ao histórico e às características do agente. 16. A despeito de suscitar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, correspondente ao tráfico privilegiado, razão não lhe assiste. Prescreve o citado dispositivo: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. 17. No caso em apreço, restou demonstrada a sua dedicação a atividades criminosas, visto que restou demonstrado não só pela forma de acondicionamento, quantidade e natureza da droga apreendida, assim como pelas demais circunstâncias da prisão, sendo o recorrente flagrantado durante as ações investigatórias no contexto da chamada Operação Papai Noel, destinada ao combate ao crime de tráfico de drogas na cidade de Itacaré/BA, relacionando-se indubitavelmente com outros traficantes da região, portanto, comportamento voltado à prática de atividades criminosas, não atendendo às condições estabelecidas na legislação. 18. Na situação examinada, o Juízo Primevo, acertadamente, adotando os parâmetros do Código Penal quanto à aplicação da pena, na primeira fase desta, ponderadas as circunstâncias judiciais, reconheceu negativamente, fixou a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão, tornando-a definitiva, eis que ausentes circunstâncias agravantes/atenuantes (2ª fase) e causas de aumento ou diminuição de pena (3ª fase). 19. In terminis, por tudo quanto exposto, inclina-se este Relator pelo acerto do decisor proferido pelo Juízo a quo, que não merece nenhuma reprimenda. 20. Parecer do Ministério Público pelo conhecimento e não provimento. 21. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000908-06.2014.8.05.0114, em que são apelante MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTANA e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, Presidente Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 19 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000908-06.2014.8.05.0114 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTANA Advogado (s): NELSON ROSA DA CUNHA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Versam os autos sobre Apelação Criminal interposta por MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTAN, irresignado com a sentença condenatória proferida nos autos da ação penal nº. 0000908-06.2014.8.05.0114, que tramitou perante o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itacaré/BA, cujo teor o condenou a uma pena definitiva de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006 c/c art. 14 da Lei 10.826/2003. Narrou a denúncia que, no dia 06 de dezembro de

2014, por volta das 5hs, “em várias residências nas localidades Pituba | e Il, nesta cidade de Itacaré, Policiais Militares em diligência, durante a operação Papai Noel, lograram apreender com os denunciados substâncias proscribas e relacionadas na portaria 344/98 do Ministério da Saúde e ora em vigor, e outros materiais ilícitos quando foi dada voz de prisão em flagrante aos denunciados. Consta ainda que policiais militares realizavam campana quando adentraram na residência do denunciado Wellington sendo encontrado no interior da residência 13 tabletes de maconha; 1 pedra media de crack, 48 buchas de crack; 58 buchas de cocaína, 1 pacote de aproximadamente 50 gramas de cocaína, 1 cartucho calibre 38; 1 balança de precisão e materiais utilizados para a embalagem de drogas para o comercio. Que se deslocaram para a casa do denunciado Gilmar, que empreendeu fuga, dispensando 48 buchas de cocaína, jogando-as em uma vasilha com água, momento que deixou cair sua carteira de identidade que foi recolhida pela equipe policial. Seguiram para a residência do denunciado Marcos Welby, também conhecido por local de venda de drogas e lá chegando encontraram no interior da residência a quantidade de 3 tabletes grandes de maconha, 31 buchas de cocaína, 1 bucha grande de cocaína, uma balança de precisão. O autos informam que os três primeiros denunciados, além de dois outros adolescentes, vendem drogas para o quarto denunciado, Terrimar. (...)” Finalizada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença ora combatida, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia. Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso, pugnando, em suas razões recursais, pela reforma do decisum, sob o prisma das seguintes teses: 1. Preliminarmente: a) nulidade das provas obtidas, sob o argumento de que os policiais invadiram a residência do acusado sem mandado judicial e sem justa causa; b) nulidade por cerceamento de defesa, por inversão da ordem de oitiva do réu; c) nulidade por inépcia da inicial acusatória; 2. Mérito: a) a absolvição por ausência de prova da autoria e materialidade do crime de tráfico; b) a desclassificação da conduta de tráfico para a de consumo pessoal, capitulada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; c) absolvição do crime previsto no art. 14, da Lei 10.826/03, ante a aplicação do princípio da insignificância, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. d) Redução da pena para o mínimo legal; e) aplicação da causa de diminuição da pena decorrente do tráfico privilegiado. Em sede de contrarrazões, o Ministério Público refuta os argumentos do apelo interposto, pugnando pela manutenção da sentença guerreada em todos os seus termos. Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria. Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça, consoante previsão da legislação de regência, a Douta Procuradora de Justiça Silvana Oliveira Almeida opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso, nos termos do parecer de Id. 68516393. Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador, 03 de setembro de 2024 Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000908-06.2014.8.05.0114 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTANA Advogado (s): NELSON ROSA DA CUNHA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Versam os autos sobre Apelação Criminal interposta por MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTAN, irressignado com a sentença condenatória proferida nos autos da ação penal nº. 0000908-06.2014.8.05.0114, que tramitou perante o

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itacaré/BA, cujo teor o condenou a uma pena definitiva de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006 c/c art. 14 da Lei 10.826/2003. 1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior[1] afirma que: “é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.” Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior[2] também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI[3], l'appello è il mezzo di impugnazione ordinário che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “crítica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI, anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.” Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci[4]: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria[5]. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.” Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos[6]: “A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.” Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe[7]: “=>Requisitos objetivos: → Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593. → Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581. → Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri. → Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa

novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento. → Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado. → Preparo: exige-se nas ações penais privadas. => Requisitos subjetivos: → Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.” Volvendo olhares para os autos, verificada a tempestividade do recurso em tela, bem como à presença dos demais requisitos de admissibilidade exigidos para o seu manejo, razão pela qual deverá ser conhecido, passamos à análise do mérito.

2. DAS PRELIMINARES. 2.1 DA NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA POR INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DO RÉU. Suscita o apelante, em preliminar de recurso, a nulidade por cerceamento de defesa, por inversão da ordem de oitiva do réu, inobservado o procedimento do art. 400, do CPP, que prevê o interrogatório do réu como o último ato da instrução processual. De acordo com a defesa: “é inegável a característica de defesa do interrogatório do réu. Diante desse argumento, é inevitável a constatação de que o réu deve ser o último a ser ouvido no processo, pois, diante de toda a prova produzida poderá explicar pontos controversos e esclarecer questões sobre as quais há interpretações dúbias. Por este motivo, o interrogatório deve ser o último ato da instrução processual, nesse sentido, o STF entende que a ordem na instrução do art. 400 d CPP deve ser estendida a outros procedimentos especiais, em especial a lei de drogas”. Aduz que: “os os acusados foram ouvidos antes das testemunhas de acusação , fato que evidência o prejuízo. É imperioso ressaltar que estamos de frente a um processo penal em que o Estado busca a privação da liberdade de um indivíduo. O mínimo que se espera do órgão julgador é que este conceda ao acusado ao menos o direito de contraditar pessoalmente (auto defesa) as testemunhas que serão a base da fundamentação da decisão que irá lhe privar a liberdade. Diante do exposto, pugna a defesa pela decretação da nulidade da instrução criminal.” Pois bem. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, prevê expressamente a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, in verbis: Art. 5º. Omissis. (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; O diploma processual penal, por sua vez, trata das provas ilícitas em seu art. 157, que assim dispõe: Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º (VETADO) § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. Nas palavras de Araken de Assis e Carlos Alberto Molinaro[8]: “O desprezo à prova ilícita constitui verdadeiro functor processual determinado pela garantia constitucional e que tem como objeto imediato a preservação de direitos fundamentais, com a promoção de um processo justo, cujo intervalo persecutório esteja comprometido com a idoneidade da prova. Todavia, atente-se que direitos fundamentais ou garantias constitucionais

não são absolutos, admitindo-se restrições e limites bem identificados e, neste sentido, aqui cabe uma distinção relativamente ao plano do direito a ser alcançado. Por exemplo, no direito penal, majoritária a posição da doutrina inclinada a admitir a utilização de prova ilícita sempre que o telos esteja endereçado exclusivamente em benefício do réu, com suporte no princípio do estado de inocência com a respectiva preservação da liberdade, concretizando direitos fundamentais inarredáveis incidentes no caso. A salvaguarda da liberdade e a formatação da dignidade emprestada à pessoa induzem restrições e mapeiam os limites da proibição da prova ilícita, seja nos processos, civil, administrativo, tributário ou outros em que se confrontam o Estado e os particulares, ou os particulares entre si; na colisão de direitos fundamentais, somente um juízo de proporcionalidade pode servir para eventualmente restringir ou limitar a garantia constitucional. Em tema de prova ilícita convém seguir a doutrina majoritária que entende que esta é espécie de prova proibida, isto é, prova vedada pelo direito, diferenciando-se da prova ilegítima. Tal distinção está imediatamente conectada ao intervalo da coleta da prova que afronta, em sentido alargado, as fontes de direito (direito material, usos e costumes, princípios gerais ou razões justificatórias que conformam a moralidade pública), ou no intervalo processual probatório, afrontando as regras processuais. Neste sentido, como provas ilícitas, remetemos o leitor para o comentário ao art. 5º, caput, e incisos II, III, X, XI, XII entre outros, que bem dispõem sobre a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente atribuídos e que não admitem violação.” Na situação examinada, consoante já destacado, aponta a defesa que os acusados foram ouvidos antes das testemunhas de acusação, fato que, por si só, evidencia o prejuízo, dado que não observou o art. 400 do Código de Processo Penal: Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. Note-se que, a despeito de se evidenciar que a inversão da ordem de interrogatório representa hipótese de nulidade processual, trata-se, em verdade, de uma nulidade relativa, que está condicionado à demonstração de prejuízo. Neste sentido, consignou o Superior Tribunal de Justiça: “A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento da RvCr n. 5563/DF, reafirmou o entendimento de que a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório é relativa e está sujeita à preclusão, além do seu reconhecimento demandar a efetiva demonstração de prejuízo. (RvCr n. 5.563/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 21/5/2021)”. Noutra banda, com relação ao princípio do prejuízo não há como se alegar ineficácia do ato ou do processo (reconhecimento da nulidade), 1 (pas de nullité sans grief). O princípio em comento está previsto no art. 563, do CPP, nos seguintes termos: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Sobre o princípio em epígrafe, leciona Aury Lopes Jr. que<sup>18</sup>: “O ato só será decretado nulo se causar prejuízo e não atingir o fim previsto”. Ainda sobre a temática, insta trazer a lição de Renato Brasileiro<sup>19</sup>: “impede a declaração da nulidade se



não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício”. Assim decidem os Tribunais, inclusive a Corte da Cidadania e o Supremo Tribunal Federal: “APELACAO CRIMINAL – ESTELIONATO (ART. 171, § 3o, DO CÓDIGO PENAL)– SENTENCA CONDENATORIA –RECURSO DA DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENCA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NAO OCORRENCIA (...)–Nao ocorrendo cerceamento de defesa, inviavel o reconhecimento de nulidade do processo, sob tal fundamento. –Nenhuma nulidade será declarada sem que haja demonstração efetiva de prejuízo para qualquer das partes ou para a apuração da verdade real (pas de nullité sans grief), conforme as diretrizes expostas nos arts. 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal (...)” (grifos acrescidos) (TJMG – Apelacao Criminal 1.0317.16.009030–2/001, Relator (a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1a CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/06/2020, publicacao da sumula em 26/06/2020) “(...) PREJUIZO NAO EVIDENCIADO. NULIDADE INEXISTENTE. REVISAO CRIMINAL IMPROCEDENTE. I – Acerca do tema de nulidade do processo penal, vige o princípio pas de nullité sans grief, pelo qual se declara nulidade, seja ela relativa ou absoluta, desde que da preterição da forma legal haja resultado prejuízo para uma das partes (...)” (grifos acrescidos) (Revisao Criminal no 201700125320 no unico0008226–31.2017.8.25.0000 – TRIBUNAL PLENO, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Luiz Antonio Araujo Mendonca – Julgado em 24/01/2018) “APELACAO–CRIME. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. ABUSO DE CONFIANCA. ESTELIONATO TENTADO. CONCURSO MATERIAL. 1. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA (...) Defesa que não logrou demonstrar o prejuízo, na forma do art. 563 do CPP, que consagra o princípio do pas de nullité sans grief. Preliminar refutada (...)” (grifos acrescidos) (Apelacao Criminal, No 70080987035, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 30–09–2020) “(...) A jurisprudencia desta Corte de Justiça, ha muito, se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal. In casu, nao se constatou a nulidade suscitada e tampouco prejuízos dela advindos, requisitos essenciais para entender presente o fumus boni iuris. (...)” (grifos acrescidos) (STJ, AgRg no HC 512.769/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 22.10.2019). “(...) O principio do pas de nullite sans grief exige, em regra, a demonstracao de prejuizo concreto a parte que suscita o vicio, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois nao se decreta nulidade processual por mera presuncao (...) (STF, AgRg no HC 132.149, rel. Min. Luiz Fux, j. em 2.6.2017). Logo, repise-se, em termos de nulidade, tem vigência o consagrado principio pas de nullite sans grief, segundo o qual não existe nulidade sem que o ato tenha ocasionado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prioriza, portanto, a forma pela forma, mas em verdade o desiderato atingido pelo ato. Por isso, a eventual não obediência as formalidades previstas na legislação processual só podem acarretar a invalidade do ato quando a sua finalidade for comprometida em decorrência do vício levantado, de forma a trazer eventual prejuízo a qualquer das partes da relação processual, o que, de forma definitiva, no entendimento deste Relator, não é o caso dos autos.

2.2 DE NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. Suscita o apelante a nulidade da prova sobre a qual repousa a materialidade do delito que lhe é imputado, por suposta ausência de justa causa para a busca domiciliar. Como se sabe, o ingresso da Polícia em residência para realização de buscas é prática amplamente debatida na doutrina e

jurisprudência, pois sendo a busca um instrumento do processo penal, sua execução esbarra na garantia fundamental à inviolabilidade do domicílio. Ao tratar da origem da inviolabilidade de domicílio, José Adércio Leite Sampaio[9] assim dispõe: “Um precursor normativo relevante da norma em comento pode ser enxergado no constitucionalismo norte-americano do séc. XVIII, especificamente no art. X do Bill of Rights do Estado de Virginia, de 1776. Mesmo sem conter a fórmula solene hoje encontrada no texto constitucional brasileiro do “asilo inviolável” ou congêneres, o dispositivo citado garantia a proteção contra ordens de buscas domiciliares arbitrárias. Em 1791, a mesma garantia seria consolidada como Quarta Emenda à Constituição Federal estadunidense. Muito lembrada é também a Constituição belga de 1831, que, em seu art. 10, cunhou originalmente a expressão normativa, repetida em várias constituições atualmente vigentes como a Grundgesetz alemã, com uso do verbo “ser”, no modo indicativo, tal qual feito com a garantia da dignidade humana para denotar total força normativa: “o domicílio é inviolável” (cf. SARLET et al., 2012, p. 401 e HERMES, 2004, p. 1180).” Ainda sobre o surgimento do direito em alusão, Alexandre de Moraes[10] aponta o que segue: “O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar. A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal ou tributária do Estado. (...).” Quanto ao soerguimento de tal direito na esfera internacional eis o compêndio das pesquisas realizadas por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[11]: “No plano do direito internacional dos direitos humanos, a primeira previsão a respeito de um direito à inviolabilidade do domicílio foi inserida na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (maio de 1948), cujo art. IX dispõe que “toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio”. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (10.11.1948), a proteção do domicílio foi reconhecida juntamente com outros direitos pessoais ligados à vida privada e familiar, como dá conta o art. XII, de acordo com o qual “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. O mesmo ocorreu no caso da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a assim chamada Convenção Europeia de Direitos Humanos (04.11.1950), cujo art. 8.º, que versa sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar e dispõe que (1) “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” e que (2) “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a

proteção dos direitos e das liberdades de terceiros". O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (19.12.1966), ratificado pelo Brasil (Dec. 592, de 06.07.1992), estabelece, no art. 17, n. 1 e 2, que "ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação" e que "toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas". Redação similar foi adotada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José (22.11.1969), ratificada pelo Brasil pelo Dec. 678, de 06.11.1992. De acordo com o art. 11, n. 2 e 3, da Convenção Americana, "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação" e "toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas". Por derradeiro, assume relevo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), que também reconheceu um direito à proteção do domicílio, tal como dispõe o seu art. 7.º, de acordo com o qual "todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações". (...)." Segundo José Afonso da Silva[12], "(...) O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que este asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada. (...) Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da Justiça, apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime. (...)." O direito à inviolabilidade de domicílio, assim como os demais direitos previstos na Constituição Federal, não é absoluto de forma que deve haver uma convivência harmônica, por meio de uma ponderação entre uns e outros, de forma que o próprio texto constitucional traz em seu bojo exceções à inviolabilidade de domicílio, destacando as ressalvas do flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. No presente caso, debruçar-nos-emos sobre a primeira situação trazida pela norma, que trata da (in) ocorrência do flagrante delito, porquanto é a aplicável ao caso em apreço. Acerca do estado de flagrância, o já citado autor José Adércio Leite Sampaio[13] aponta que o sentido que se deve empregar ao conceito de flagrante delito é o mais restritivo possível, "(...) porque a Constituição brasileira é uma Constituição de liberdade e das liberdades. A consequência é que desprotegido estará o domicílio, no contexto dessa primeira hipótese, somente no caso de prévia certeza pelo agente policial da prática atual de um crime, que, portanto, esteja ocorrendo dentro do domicílio. Mero flagrante esperado não tem como ser considerado suficiente. Especialmente no caso dos crimes continuados que não impliquem prática de violência, como a guarda de entorpecentes para fins de seu tráfico ilícito, nada obsta que o investigador ou agente policial ostensivo requeira uma ordem judicial autorizadora de entrada. (...)." Desta feita, tem-se que é lícito o ingresso na residência de qualquer pessoa quando estiver ocorrendo crime, ou seja, quando em decorrência de flagrante delito que, conforme apontado na doutrina acima citada, ocorre com mais facilidade quando da prática de crimes habituais

ou permanentes. Entretanto, não é a simples habitualidade ou permanência que assegura a licitude do ingresso em decorrência de flagrante, posto que é necessário que os policiais, para que possam adentrar à casa do indivíduo, tenham o mínimo de certeza de que naquela residência há um crime, habitual ou permanente, em andamento. Renato Brasileiro[14], ao tratar sobre o tema, deixa claro que mesmo quando da ocorrência de crime permanente, é necessário que haja uma causa provável de que o crime esteja sendo cometido naquele momento no interior da residência que se pretende ingressar, in verbis: “(...) De se ver que a própria Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito, seja durante o dia, seja durante a noite, e independentemente de prévia autorização judicial. Daí a importância da análise dos denominados crimes permanentes, assim compreendidos como aqueles cuja consumação se prolonga no tempo (v.g., extorsão mediante sequestro). Ora, em relação a tais delitos, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Logo, estando o agente em situação de flagrância no interior de sua casa, será possível a violação ao domicílio mesmo sem mandado judicial. O próprio Código Penal, em seu art. 150, § 3º, inciso II, dispõe que não constitui crime de violação de domicílio a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. Nesses casos, para que a polícia possa adentrar em uma residência, sem mandado judicial, exige-se aquilo que se costuma chamar de “causa provável” (no direito norte-americano, probable cause), ou seja, quando os fatos e as circunstâncias permitiriam a uma pessoa razoável acreditar ou ao menos suspeitar, com elementos concretos, que um crime está sendo cometido no interior da residência. Aliás, em recente julgado, o Supremo admitiu que não há ilegalidade na prisão em flagrante realizada por autoridade policial baseando-se em notícia anônima. A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, portanto, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que, dentro da casa, havia situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. Nessa medida, deve ser considerada arbitrária a entrada forçada em domicílio sem uma justificativa conforme o direito, ainda que, posteriormente, seja constatada a existência de situação de flagrante no interior daquela casa. Enfim, deve haver um controle a posteriori, exigindo-se dos agentes estatais a demonstração de que a medida fora adotada mediante justa causa, ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de flagrante delito no interior daquele domicílio, autorizando, pois, o ingresso forçado, independentemente de prévia autorização judicial. Em síntese, o modelo probatório deve ser o mesmo da busca e apreensão domiciliar, que pressupõe a presença de fundadas razões ( CPP, art. 240, § 1º), as quais, logicamente, devem ser exigidas de maneira modesta e compatível com o momento em questão. (...).” (grifos acrescidos) No mesmo sentido é a doutrina de Norberto Avena[15], que destaca que: “(...) mesmo se operada situação de flagrância em decorrência, muito especialmente, da prática de crime permanente no interior da casa (aqueles cuja consumação se protraí no tempo, a exemplo dos crimes de posse de drogas para fins de tráfico, de associação para o tráfico, de associação criminosa etc.), o ingresso desautorizado de policiais tem sua validade condicionada à preexistência de fundadas razões que tenham justificado a invasão domiciliar no momento em que realizada, não sendo suficiente, por exemplo, a mera suspeita

decorrente de informação anônima. Tal entendimento decorre de interpretação ampla do art. 240, do CPP, dispondo este que “proceder-se-á à busca domiciliar quando fundadas razões a autorizarem”, justificando-se, ainda, no intuito de evitar ingerências arbitrárias no domicílio. De acordo com o STF, apesar de o flagrante legitimar o ingresso forçado em residência à revelia de determinação judicial, essa providência será objeto de controle judicial a posteriori, condicionando-se a validade da prisão assim efetuada a que o Poder Judiciário, recebendo o auto de prisão em flagrante, constate a efetiva ocorrência de atos, fatos ou circunstâncias que, devidamente justificados, amparem a conduta dos policiais. (...)” (grifos acrescidos) Conforme já destacado, o ingresso na residência, quando não houver autorização do morador, depende da existência de fundadas razões acerca do flagrante delito, a fim de que qualquer suspeita não sirva como fundamento para a relativização de um direito fundamental – proteção à intimidade. O cenário que antecede a invasão de domicílio deve indicar a ocorrência de um crime e deve existir urgência na cessão do delito. Tendo em vista os constantes abusos camuflados em permissivo legal, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a polícia, seja nos casos de crime permanente ou não, somente poderá adentrar no domicílio, sem autorização do morador, se houver indício suficiente de que naquele local está sendo cometido algum tipo de delito. Ou seja, a simples desconfiança ou intuição não pode amparar a autoridade policial para, indiscriminadamente entrar na moradia de qualquer pessoa. Calha à fiveleta colacionar o posicionamento da Corte de Cidadania: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA DO ACUSADO. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO AGENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE. 1. Tendo como referência o entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências. 2. No caso em tela, a violação de domicílio teve como justificativa o comportamento suspeito do acusado – que empreendeu fuga ao ver a viatura policial, circunstância fática que não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial. 3. Ademais, a alegação de autorização de entrada dos policiais pelo agente não merece acolhimento, porquanto não há outro elemento probatório no mesmo sentido, salvo o depoimento dos policiais que realizaram o flagrante, tendo tal autorização sido negada em juízo pelo réu. 4. “Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador” ( HC n. 685.593/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 19/10/2021). 5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio, com a consequente absolvição do paciente. (STJ – HC: 685681 SP 2021/0252322-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 15/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2022) HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO

EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal 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". 1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige. 1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: "O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!" ("The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1). 2. 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. 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva. 2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade. 3. 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, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado. 4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente. 5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. 5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos –diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas – pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local. 5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada –legitimar a entrada em residência ou local de abrigo. Lewandowski, no RE n. 603.616/T0). 6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial – ao dispor que, "[f]inalizada a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º". 7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a

realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

8.1. As decisões do Poder Judiciário – mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para "enriquecer o estoque das regras jurídicas" (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada ("such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action").

8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população



que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança. 9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública. 10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, consequentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. 11. Assim, 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 apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e consequente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital. 13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal ( HC n. 598.051/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021, grifei). Atento às questões levantadas pela invasão domiciliar quando alegada a ocorrência de flagrância de crime permanente, o Supremo Tribunal Federal, submeteu a julgamento, sob a sistemática da Repercussão Geral, o Tema 280, assim descrito: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XI, LV e LVI, da Constituição Federal, a legalidade, ou não, das provas obtidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais sem o devido mandado judicial de busca e apreensão. A tese fixada foi a seguinte: “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.” O julgado em referência restou assim ementado: 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. (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) Muito elucidativo revela-se o seguinte excerto do voto do eminente relator, Ministro Gilmar Mendes[16], in verbis: “(...) A despeito de sua importância, a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente. A avaliação feita por um juiz “neutro e desinteressado” sobrepõe a avaliação de um “policial envolvido no empreendimento, muitas vezes competitivo, de revelar o crime”, resguardando contra medidas arbitrárias – Justice Robert H. Jackson, redator da opinião da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso Johnson v. United States 333 U.S. 10 (1948). Há casos, no entanto, em que a necessidade de autorização judicial é excepcionada. O presente caso trata da exceção do “flagrante delito”. A interpretação que adota o Supremo Tribunal Federal no momento é a de que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial (RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014). No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – RHC 40.796, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 8.5.2014; AgRg no AREsp 417.637, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado

em 9.12.2014. (...) Ao respeitar a literalidade do texto constitucional, que simplesmente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, contraditoriamente estamos fragilizando o núcleo essencial dessa garantia. Precisamos evoluir, estabelecendo uma interpretação que afirme a garantia da inviolabilidade da casa e, por outro lado, proteja os agentes da segurança pública, oferecendo orientação mais segura sobre suas formas de atuação. Essa evolução pode decorrer tanto da interpretação da própria Constituição como de sua integração com os tratados de direitos dos quais o país é signatário. (...) E o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos protegem o domicílio contra ingerências arbitrárias (art. 11, 2, e art. 17, 1, respectivamente). 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. (...) A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. (...) O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir. Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa. A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração. Nesse sentido, especificamente sobre a denúncia anônima, decidiu-se no Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11.11.2005. (...) Na mesma linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21.5.2015. Nada impede, contudo, que essas informações venham a dar base a pesquisas e, uma vez robustecidas por outros elementos, embasem a busca. Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas. A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução fundadas razões demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário. O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos. (...) Outra questão não apreciada é a validade do consentimento do morador. As hipóteses concretas podem revelar desdobramentos complexos, seja quanto à

prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência. A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal “sob autoridade governamental” (under government authority) ou “sob as cores do uniforme” (under color of office) – respectivamente, casos *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921) e caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948). Já houve algum debate sobre o assunto no HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1999. O tema em julgamento, no entanto, não se presta a resolver a questão. (...) No caso concreto, o recorrente Paulo Roberto de Lima foi preso em flagrante porque foram encontrados 8,542 Kg (oito quilos, quinhentos e quarenta e dois gramas) dentro de um veículo Ford Focus de sua propriedade, estacionado na garagem de sua residência. (...)” (grifos acrescentados) Assim, consabido que a jurisprudência do STF é no sentido de que 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” (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes), e que nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (HC 105.484, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia) Ao destrinchar o entendimento sedimentado no Tema 280, pela Suprema Corte, o que se depreende é que há a necessidade de um standard mínimo a justificar o ingresso no interior do domicílio. Acerca desse standard mínimo que deve estar presente para a justa causa da busca domiciliar sem mandado, o Ministro Rogério Schietti Cruz[17], ao relatar o HC 598.051/SP, que tramitou no STJ, sabiamente assim discorreu: “O Brasil caminha, posto que ainda lentamente, rumo à adoção da teoria dos standards de prova como meio de fornecer segurança jurídica aos profissionais do direito, na averiguação da hipótese fática e sua comprovação. É dizer, “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: RT, 2019, p. 236). Há necessidade de diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de standard de prova. E, por óbvio, será muito mais difícil preencher os requisitos do standard probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) do que o exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime. Despiciendo sublinhar, por oportuno, que toda medida que restringe direitos fundamentais deve ser fundamentada e racionalmente controlável, independentemente do momento processual. Existe, assim, uma expectativa legítima de que o julgador, especialmente quando venha a restringir direitos fundamentais, atue mediante parâmetros objetivos de justificação, dos quais se possa extrair a firme convicção de que a decisão derivou de uma atuação independente, imparcial, justa e racionalmente demonstrável quanto aos recursos mentalmente empregados na argumentação, aos dados fáticos e probatórios considerados e à conformidade do direito aplicável à espécie. E mesmo quando se trata de outros agentes estatais – como, no caso, de órgãos da segurança pública – tais critérios legais e axiológicos devem ser considerados, pois disso dependerá a licitude ou não do afastamento do direito individual sob tutela.” Desta feita, o que deve ocorrer a posteriori é a justificativa a fim de embasar o ingresso sem mandado para fins de controle judicial, mas a justa causa em si deve ser preexistente. Analisando a presente apelação,

verifica-se que as premissas para ingresso em domicílio sem mandado, fixadas pela Suprema Corte, na Tese 280, aplicam-se ao caso sub oculi, pois constada a justa causa para o ingresso no domicílio por parte dos policiais. Pontua-se, desde logo, que a justa causa trazida pelo Tema 280 do STF não exige a certeza da ocorrência de delito, mas são necessárias fundadas razões aptas a nortear as ações investigativas embasadas em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante, sob pena de se desvirtuar a proteção constitucional dada ao domicílio e, por via de consequência, validar desmandos porventura ocorridos durante a investigação policial que, infelizmente, como é do nosso conhecimento, não são incomuns hodiernamente. No caso dos autos, extrai-se do Auto de Prisão em Flagrante que as autoridades policiais, que se encontravam há 02 (dois) meses em diligências e investigações no sentido de levantar os pontos de drogas existentes nas localidades da Pituba I e Pituba II, em Itacaré/BA, sendo catalogados pelo Serviço de Missões Especiais (SME) da 72ª CIPM alguns pontos de drogas, onde foi constatado, no contexto da chamada Operação Papai Noel, a comercialização de substâncias entorpecentes, incluindo a residência do ora recorrente. Por conseguinte, as guarnições da SME/72ª CIPM e SME/CIPT/Central/Salvador “iniciaram campanha no sentido visualizar a movimentação que ocorriam nos pontos de drogados já catalogados e de onde partiam as substâncias entorpecentes para alimentar os usuários de drogas”, e que, após observar a entrada e saída de pessoas nas referidas casas catalogadas pelo SME, as equipes de polícia faziam as suas abordagens e referidas prisões. Por sua vez, na fase da persecução penal, ao serem inquiridos em juízo, sob o crivo do contraditório, os policiais militares que participaram da prisão em flagrante, confirmaram as informações colhidas no inquérito. Note-se que os depoimentos dos policiais militares são provas admissíveis no processo penal, possuindo fé pública. No mesmo sentido, foi proferido o Parecer pela douta Procuradora de Justiça que atuou nos presentes autos: “O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, admite excepcionalmente a possibilidade de ingresso em domicílio, sem autorização judicial, sem que tal conduta cause prejuízo à prova colhida, sempre que o indivíduo se encontrar em flagrante delito. Na mesma toada, o Código Penal dispõe que não constitui crime a entrada na residência alheia quando algum crime estiver sendo praticado ou na iminência de ser (art. 150, § 3º, inciso II). Ademais, o delito de tráfico de drogas imputado ao Apelante é crime de natureza permanente, que se protela no tempo, portanto, nas hipóteses de flagrante delito, dispensa-se o mandado judicial, pois não resta caracterizada a ilicitude da prova obtida, sendo legal o ingresso de policiais no interior do domicílio, a qualquer hora, para fazer cessar a prática criminosa, como no feito sob exame. A propósito, o Supremo Tribunal Federal ao tratar sobre o assunto em sede de repercussão geral, firmou tese jurisprudencial por meio do Tema 280, 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. Na presente demanda ficou demonstrado que os policiais possuíam fundadas razões para realizar a prisão em flagrante no interior da residência do Acusado, notadamente porque os agentes policiais detinham informações sobre a venda de droga que estaria ocorrendo naquele local. Pelo exposto, por inexistir ilegalidade a ser declarada, este Parquet opina pela rejeição da

preliminar. Assim, em consonância com o entendimento jurisprudencial pátrio acima transcrito, bem como em razão do parecer emitido pela douta Procuradoria de Justiça, resta afastada a preliminar suscitada pela defesa, reconhecendo a validade da busca residencial.

### 2.3 DA INÉPCIA DA DENÚNCIA.

Ao fim das preliminares suscitadas, a Defesa técnica do réu argui nulidade do feito ab initio, sob o argumento de que a denúncia é inepta. Razão não lhe assiste. Isso porque a exordial acusatória apresentada pelo órgão ministerial preencheu todos os requisitos exigidos pela legislação processual penal em vigor (inteligência do artigo 41 do Código de Processo Penal), porquanto tenha procedido com a clara qualificação do acusado, descrevendo, de forma circunstanciada, a infração penal a ele imputada, com todas as suas circunstâncias e elementares, permitindo-lhe a compreensão da acusação formal e, por conseguinte, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo que a denúncia apresentou rol de testemunhas e foi instruída com suporte probatório mínimo, inexistindo qualquer mácula na petição inicial da ação penal.

Roberto Avena[18] leciona que: "A denúncia e a queixa serão ineptas quando não contiverem os seus requisitos essenciais, dentre os quais se incluem a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e a individualização do acusado ou referências pelos quais se possa identificá-lo (art. 41 do CPP). Trata-se, como se vê, de questões de natureza processual. Note-se que a decisão de rejeição alicerçada na inépcia produz apenas coisa julgada formal, pois se torna definitiva caso não seja impugnada por meio do recurso hábil no tempo oportuno. Não gera, entretanto, coisa julgada material, na medida em que nada impede que, antes da extinção da punibilidade, nova denúncia ou queixa venha a ser ajuizada, desde que sanado o vício que motivou o não acolhimento da inicial originalmente apresentada. Questão importante refere-se ao tempo máximo de arguição da inépcia. De acordo com a jurisprudência do STJ, tal arguição deve ocorrer no curso do processo e antes da sentença condenatória, pois a prolação deste decisum torna preclusa a alegação de inépcia. Daí se infere, então, que a tese de inépcia não pode ser suscitada pela primeira vez em grau de apelação da sentença.".

Ademais, ad argumentandum tantum, importante rememorar que após a prolação da sentença penal resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, consoante pacífico entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, vejamos: – "HABEAS CORPUS (...). ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA, EM SEDE DE APELAÇÃO (...). JURISPRUDÊNCIA DO STF NO SENTIDO DE QUE RESTA PRECLUSA A ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANDO SUSCITADA APÓS A SENTENÇA PENAL (...). DA LEITURA DA INICIAL ACUSATÓRIA, VERIFICASE A DESCRIÇÃO SUFICIENTE DE CRIMES, COM INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTES PARA A DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL (...). ORDEM DENEGADA." (STF, SEGUNDA TURMA, HC 112.206/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES, JULGAMENTO REALIZADO EM 16/10/2012, DJE DE 08/11/2012).

Desta feita, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte (HC 104447/BA), a superveniência do édito condenatório prejudica o exame da tese defensiva da falta de justa causa e preclusa a alegação de inépcia da denúncia quando suscitada após a sentença penal condenatória ser exarada. Confirma-se, a propósito, o entendimento, no mesmo sentido, do Colendo Superior Tribunal de Justiça: – "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA DEDUZIDAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. 1. Não há como conhecer, no juízo de cognição estreita do habeas corpus, as alegações de inépcia da denúncia e de falta de justa causa para a ação penal, suscitadas após a sentença penal condenatória,

ante a ocorrência da preclusão. 2. Agravo regimental não provido.” (STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 244.745/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgamento realizado em 07/10/2014, DJe de 23/10/2014) Por tais razões, afasto a preliminar de nulidade, sob a alegação de inépcia da denúncia. 3. DO MÉRITO. Emerge dos autos que o Magistrado de primeiro grau condenou o recorrente MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTANA a uma pena definitiva de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito tipificado no artigo 33 e 35 da Lei 11.343/2006 c/c art. 16 da Lei 10.826/2003. Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso, pugnando, em suas razões recursais, pela reforma do decisum, sob o prisma das seguintes teses: 1. Preliminarmente: a) nulidade das provas obtidas, sob o argumento de que os policiais invadiram a residência do acusado sem mandado judicial e sem justa causa; b) nulidade por cerceamento de defesa, por inversão da ordem de oitiva do réu; c) nulidade por inépcia da inicial acusatória; 2. Mérito: a) a absolvição por ausência de prova da autoria e materialidade do crime de tráfico; b) a desclassificação da conduta de tráfico para a de consumo pessoal, capitulada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; c) absolvição do crime previsto no art. 14, da Lei 10.826/03, ante a aplicação do princípio da insignificância, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. d) Redução da pena para o mínimo legal; e) aplicação da causa de diminuição da pena decorrente do tráfico privilegiado. Apesar da relevante argumentação delineada pela Defesa, o Ministério Público refuta o pleito em comento, pugnando pelo desprovemento do apelo. Perlustrando os autos, verifica-se que o inconformismo do Apelante não merece prosperar, por não possuírem, os argumentos levantados, substrato para fazer valer o direito avocado. Conforme a exordial acusatória, no dia 6 de dezembro de 2014, por volta das 5hs, próximo ao bairro de Pituba I e II, em Itacaré/BA, o recorrente fora surpreendido por Policiais Militares lotados na 72ª CIPM desta cidade, durante as ações investigatórias no contexto da chamada Operação Papai Noel, destinada ao combate ao crime de tráfico de drogas nesta cidade, “tendo em depósito e prontas para comercialização no varejo diversos tipos de drogas, dentre elas o vegetal cannabis sativa, o alcaloide cocaína e crack, esta um subproduto do alcaloide cocaína, além de uma balança de precisão, petrechos para embalar droga e munição do calibre .38, tudo armazenado no interior da casa dos denunciados”, conforme se infere dos respectivos autos de exibição e apreensão. De acordo com a denúncia, ainda: “Policiais Militares em diligência, durante a operação Papai Noel, lograram apreender com os denunciados substâncias proscritas e relacionadas na portaria 344/98 do Ministério da Saúde e ora em vigor, e outros materiais ilícitos quando foi dada voz de prisão em flagrante aos denunciados. Consta ainda que policiais militares realizavam campana quando adentraram na residência do denunciado Wellington sendo encontrado no interior da residência 13 tabletes de maconha; 1 pedra media de crack, 48 buchas de crack; 58 buchas de cocaína, 1 pacote de aproximadamente 50 gramas de cocaína, 1 cartucho calibre 38; 1 balança de precisão e materiais utilizados para a embalagem de drogas para o comercio. Que se deslocaram para a casa do denunciado Gilmar, que empreendeu fuga, dispensando 48 buchas de cocaína, jogando-as em uma vasilha com água, momento que deixou cair sua carteira de identidade que foi recolhida pela equipe policial. Seguiram para a residência do denunciado Marcos Welby, também conhecido por local de venda de drogas e lá chegando encontraram no

interior da residência a quantidade de 3 tabletes grandes de maconha, 31 buchas de cocaína, 1 bucha grande de cocaína, uma balança de precisão. O autos informam que os três primeiros denunciados, além de dois outros adolescentes, vendem drogas para o quarto denunciado, Terrimar. (...)" Pois bem. Vigem, no direito brasileiro, o princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até que haja uma sentença condenatória final. O princípio da presunção de inocência teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1791, sendo posteriormente incorporado ao artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que previu: "Toda pessoa acusada de delito tem direito de se presumir inocente, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias para a sua defesa." No Brasil, a presunção de inocência é considerada um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estando explicitamente consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal[19], que estabelece: "Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória." O princípio da presunção de inocência, também denominado de presunção de não culpabilidade, é conceituado por Renato Brasileiro de Lima[20], da seguinte forma: "o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)". Segue afirmando[21] que: "Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade". Para Renato Brasileiro[22], do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento. Acerca da regra probatória (in dubio pro reo), Renato Brasileiro de Lima, citando Antônio Magalhães Gomes filhos, ressalta[23]: "Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Como consectários dessa regra, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio)". Na visão de Renato Brasileiro[24], essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Dessa forma, afirma: "O in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como



ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet. O in dubio pro reo só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em in dubio pro reo, mas sim em in dubio contra reum. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal ( CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional”. Depreende-se, assim, que o réu se presume inocente, incumbindo à acusação comprovar o cometimento do crime, deixando incontestes a autoria e materialidade. No caso dos autos, consoante já mencionado, o réu contesta a ausência de prova quanto a dois crimes: tráfico ilícito de drogas e ausência de tipicidade material da posse irregular de arma de fogo. Passemos, inicialmente, ao crime de tráfico ilícito de drogas, cuja natureza é de crime formal e de perigo abstrato, absolutamente presumido, bastando que o agente realize qualquer das condutas nucleares do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, para que o tenha aperfeiçoado. Dispõe o texto legal: Art. 33 – 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 ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Sobre este tipo penal, Luiz Flávio Gomes vaticina: “Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico.” Cesar Dário Mariano da Silva escreve: “Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica. Os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.” Sobre o delito em comento, Cleber Masson e Vinícius Marçal lecionam:[25] “Como deixa claro o caput do art. 33[26] da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando a realização de alguma das condutas previstas no tipo penal[27]. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas.” Logo, para que a conduta do Réu seja considerada tráfico ilícito de drogas, é suficiente

que se adeque a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. No que concerne à materialidade do crime, interessante entender o conceito de droga. O parágrafo único do art. 1º da Lei 11.346/06 preleciona: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Trata-se de norma penal em branco, preenchida pelo teor da portaria Nº 344 da ANVISA, em que são elencadas quais as drogas proibidas. Somente constando nesta portaria e tendo o status de substância proibida é que o item poderá ser considerado droga nos termos da lei 11.346/06. In casu, consta do auto de exibição e apreensão (ID 37281091) que foram apreendidos com o réu 3 (três) tabletes grandes de maconha; 31 (trinta e uma) buchas de cocaína; 01 (uma) bucha grande de cocaína; 01 (uma) balança de precisão e R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em espécie. Atestando a natureza das substâncias, o laudo de constatação provisório (ID 37281091, fl. 30) e o laudo pericial definitivo (ID 67281093) constataram que fora positivo o resultado para tetrahydrocannabinol e para benzoilmetilecgonina, substâncias proscritas e popularmente conhecidas como maconha e cocaína, respectivamente. Quanto à autoria, o réu, embora tenha negado a prática do crime quando interrogado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, é indubitável, porquanto os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante são estremos de dúvida e, somados às circunstâncias que envolvem a prisão, são fatores suficientes para formação do juízo de culpabilidade. Válida, portanto, transcrição dos depoimentos realizados pelos policiais militares Marcio Gonçalves Cavalcante, Fábio Santos Menezes e Rafael Silva Bomfim, que, em Juízo, confirmaram que as substâncias proscritas foram encontradas com o réu: “(...) que é policial militar; que estava atuando em Itacaré há época dos fatos e participou da operação que deu origem a presente ação penal; que a testemunha era o subcomandante da companhia 72º e que subordinado a ele estava o serviço de inteligência da companhia que durante 2 meses fez o monitoramento da venda de drogas na Pituba I e II; que recebeu um relatório de investigação que dava conta que “TOM” entregava drogas a Patrick que as comercializava no bairro Pituba I, na sua residência e próximo aos bares Jungle e Favela e TOM também comercializava drogas no bairro Pituba II, que o relatório informava que a pessoa de TOM era Wellington Santos Conceição e Patrick um adolescente. Também foi apontado a pessoa conhecida como Rasta, comercializava drogas em sua residência e na localidade próximo a barracas de artesanatos dos rippies no final da Pituba I; quanto a Lombrigó foi verificado que ele vendia drogas no roteiro entre a sua casa e os bares Jungle e Favela; de posse de tais informações organizaram a operação denominada papai noel que foi deflagrada e concluída no dia 6 de Dezembro de 2014; que a equipe foi dividida em pontos estratégicos com monitoramento de Lombrigó, Tom, Rasta e Patrick; que o monitoramento reafirmou as informações já existentes das vendas de drogas de Tom que naquele momento estava realizando o comércio na sua residência bem como Rasta também na sua residência e Lombrigó e Patrick na porta do Jungle e Favela; que como sabiam estarem interligados uns aos outros decidiram pela prisão primeiramente de Tom o mais distante; que chegando a casa de Tom aguardaram que ele fosse a porta entregar alguma substância e o abordaram, fizeram uma revista em sua residência e encontraram grande quantidade de drogas, sendo uma parte dentro do ventilador, uma outra parte amarra empenurada no cumungol da residência por um fio de nylon e uma terceira

quantidade em local que não se recorda pelo fato de ter sido encontrada por outros policiais do grupo; que na casa de Tom estavam presentes um menor conhecido por DOCA e a namorada de TOM; que enquanto estavam dentro da residência bateu a porta um comprador de drogas que foi atendido por policiais e também preso e apresentado na delegacia; que não se lembra o nome do comprador; que na residência de Tom foi encontrada crack, cocaína e maconha além de balança de precisão e materiais para embalagens individualizadas da droga; também foi encontrada munição calibre 38; que a droga foi encontrada uma parte a granel e outra parte individualizada e embalada pronta para venda; que durante essa busca o depoente se deslocou para a casa de Patrick sendo que no caminho viu que Patrick vinha caminhando e o seguiu. Que Patrick foi direto a casa de TOM e quando bateu a porta, foi recebido pelos policiais que se encontravam no interior da casa de TOM; que Patrick foi também preso, em sua roupa encontrada certa quantidade de droga e dinheiro sendo que Patrick informou que estava indo prestar contas a TOM e receber nova quantidade de cocaína e maconha; que ainda na entrevista de Patrick este informou que vendia drogas para TOM e que este as recebia de TERRIMAR; que em outra entrevista separada com TOM este revelou que recebia a droga maconha, crack e cocaína de Terrimar todas as segundas-feiras, quando lhe prestava contas; que o nome de Terrimar já tinha sido levantado pelo serviço de inteligência, porém ele nunca foi flagrado porque ele não fazia venda da droga pessoalmente aos usuários, ele apenas distribuía a outros traficantes; que reafirma que no momento da abordagem, Terrimar não foi encontrado, entretanto a equipe de inteligência da PM local, já tinha o nome dele como fornecedor principal das drogas comercializadas na pituba; que se recorda ainda que foi encontrada uma certa quantidade de dinheiro na casa de TOM; que como informou no começo haviam monitoramentos em locais distintos sendo um deles na casa do Rasta; que saíram da casa de Tom e foram para a casa de Rasta; que chegando a casa de Rasta o policial que havia ficado fazendo seu monitoramento informou a testemunha que observou a realização de mercancia de drogas e que o Rasta acabara de entrar em sua casa; que ao sair novamente ao portão os policiais se apresentaram e Rasta ao vê-los correu e enfiou a mão no bolso e dispensou seu conteúdo no chão pulando um muro em direção ao mangue; que com a fuga de Rasta a casa ficou aberta e os policiais entraram e fizeram uma revista e foram ver o que ele havia dispensado no chão e constataram que se tratava de um boa quantidade de buchas de cocaína e de sua carteira de identidade; que Gilmar não foi alcançado pela polícia neste momento; que passaram também na casa de Patrick e lá encontrada uma boa quantidade de droga também recolhida e apresentada na delegacia; que entraram em contato com o policial que fazia o monitoramento de Lombrigó e este informou a testemunha que ele estava fazendo mercancia de drogas em sua casa; que os usuários chegavam ao portão assobiavam e este saía para o comercio; que além de também fazer comercio nas proximidades do Jungle e Favela; que quando terminava a droga que vendia voltava para sua casa para pegar mais. Que foi a própria testemunha que chegou ao portão de Lombrigó e assobiou, Lombrigó ouvindo o sinal de costume saiu ao portão e quando viu tratar-se de policiais militares tentou fugir mas a testemunha mandou que parasse sob pena de atirar e o denunciado Lombrigó foi preso, sua casa foi revistada e foi encontrado no congelador da geladeira grandes tabletes de maconha e em cima da geladeira dentro de um pote buchas de cocaína todas separadas; em outro local da casa foi encontrada outra quantidade de cocaína a granel juntamente com uma balança de precisão e embalagens para repartimento; que

foi Tom quem indicou com detalhes a casa de Lombrigó posto que ele residia em um beco com várias casas cujo acesso é o mesmo e que os policiais não sabiam até o momento o local exato da casa de Lombrigó; a indicação de Tom não foi exata, mas Lombrigó quando correu, correu para sua própria casa; (...) que após as prisões confirmaram que a Pituba encontrava-se loteada pelos 3 primeiros denunciados, além do adolescente Patrick e outros traficantes já presos, todos a serviço do denunciado Terrimar.(...)” (CAP/PM Marcio) “que é policial militar e que participou da operação papa noel e que deu origem a presente ação penal; que participou da presente operação desde o serviço de investigação que contou com a participação de 6 policiais a paisana que durante aproximadamente 2 meses fizeram observações na rua como transeuntes, vigias em carros descaracterizados e levantamento de informações com populares; que o resultado de tais investigações eram encaminhadas ao CAP/PM Cavalcante; (...) a operação iniciou-se pela residência de uma pessoa que até aquele momento conheciam apenas pela alcunha de Tom além de saber que ele tinha várias tatuagens e que estava com a perna operada e que tinha pinos; que chegaram na frente da casa de Tome aguardaram a chegada de um usuário; que Tom saiu falou com o usuário e retornou ao interior de sua residência; quando Tom trouxe o que o usuário havia pedido os policiais o abordaram juntamente com o usuário; (...) Jque enquanto a polícia revistava a casa de Tom, um adolescente conhecido por Patrick acompanhado por uma mulher chamaram Tom na porta de casa e este disse-lhes que entrasse; que Patrick foi abordado pelos policiais e com ele também foi encontrada certa quantidade de droga e dinheiro que fora a casa de Tom buscar mais drogas para o comercio; que Patrick já era conhecido como pequeno traficante; que Patrick ao ser ouvido informou que em sua casa tinha mais drogas que ele pegava a droga com Tom, mas que o fornecedor era Terrimar (...) que em continuação seguiram para a residência de Júnior, vulgo “Rasta”, que ao chegarem a casa de Rasta este logrou evadir-se do local e não foi preso naquele dia, a testemunha soube que os policias encontraram drogas e documentos de rasta que deixou no local; salvo engano, Rasta deixou cair cocaína já embaladinha; (...) Na sequência, o Capitão e o SD Rafael, foram a casa de Lombrigó que estava sendo monitorado por outro policial militar; (...) e soube que Lombrigó foi preso em flagrante que na casa dele também foi encontrada outra quantidade de droga; que só viu a droga no ato da apresentação e que tratava-se de cocaína e maconha e que Lombrigó já era conhecido como traficante; (...) que durante a investigação não flagraram Terrimar fazendo comércio; que ele é pouco visto em Itacaré, mas que os presos informavam que era ele quem distribuía drogas entre os demais traficantes; que Terrimar era o distribuidor e não realizava o pequeno comércio (...) que quer esclarecer que todos os denunciados são velhos conhecidos da polícia por tráfico de drogas em Itacaré, sendo que, com relação a Tom ouviu dizer que possui ligações com o tráfico em Salvador. (...) que as informações a respeito do denunciado Terrimar chegaram através de usuários e pessoas da comunidade; (...)” (SD/PM Fábio) “(...) que trabalhou no levantamento preliminar que consistiu em monitoramento do tráfico de drogas na área da pituba e adjacências e tal monitoramento durou aproximadamente 2 meses e contou com a participação de 5 ou 6 policiais militares; que a testemunha trabalha no setor de inteligência da polícia militar há 2 anos que tal operação foi iniciada por determinação do Capitão Cavalcante; que a primeira informação foi que um homem jovem com pinos na perna fazia o tráfico na pituba distribuindo droga para outros pequenos traficantes e vendendo pessoalmente; que a investigação

reúne um somatório de ECUÇÕES PENAIIS, JÚRI E INFÂNCIA E JUVENTUDE informações que chegam aos policiais por diversos meios tais como: denúncias anônimas, conversas com populares, depoimentos de outros presos em outros inquéritos, observação; que chegaram por volta das 11:00 hora do dia anterior e passaram a observar movimento, verificando que pessoas chegavam à casa de TOM, pediam alguma coisa, recebiam, entregavam e iam embora, que era possíveis usuários de drogas que estavam fazendo pequenas compras; que ao informar ao CAPITÃO este determinou que quando o próximo possível usuário fosse realizar uma compra e se encontrasse com TOM os policiais deveriam aborda-los; que quando TOM entrou para buscar alguma coisa os policiais se aproximaram e o comprador os viu e fugiu; que TOM chegou ao portão com uma pequena quantidade de drogas, foi abordado e entraram com TOM em sua casa e lá dentro já se encontrava uma pessoa conhecida por DOCA e a esposa de TOM; que na busca domiciliar encontraram uma parte de droga guardada dentro da base de um ventilador e uma outra quantidade de droga amarrada e jogada por um basculante para fora da casa deixando um fio de nylon para dentro da casa para poder ser içada; que não se lembra exatamente qual droga estava em cada lugar, mas que recolheram tudo e apresentaram na delegacia e que havia cocaína, crack e maconha; também foi encontrado um cartucho de munição 38, uma balança de precisão e certa quantia em dinheiro; que enquanto estavam no interior da casa de Tom um usuário chegou a porta e assobiou; que os policiais mandou (sic) dizer que entrasse; que ao entrar a pessoa se identificou como usuário e também foi conduzida à delegacia; em entrevista com TOM sobre a sua movimentação este informou que recebia a droga de TERRIMAR e que vendia em sua casa e colocava outras pessoas “mulas” para realizar a venda; que durante a permanência dos policiais na casa de TOM também chegou um adolescente chamado PATRICK acompanhado de uma mulher que também foi revistada e com PATRICK foi encontrado uma quantidade de drogas e um valor em dinheiro de aproximadamente R\$ 300,00 (trezentos reais); eu perguntado a PATRICK o que estava fazendo ali, este respondeu que estava indo prestar conta e entregar o dinheiro da droga já vendida a TOM, que era o seu fornecedor; (...) que durante a ocorrência dos fatos narrados havia outra equipe que estava monitorando o elemento conhecido por RASTA; eu a informação que chegou foi a que RASTA estava fazendo movimento naquela noite de tráfico o que fez a equipe da testemunha se dirigir para a casa de RASTA para abordá-lo; que RASTA percebeu a aproximação da testemunha e do CAPITÃO e fugiu jogando ao chão alguma coisa; que a polícia tentou pegá-lo, mas ele evadiu-se; que voltaram para ver o que havia sido lançado ao chão e constataram tratar-se de invólucros contendo cocaína em número de 48 (quarenta e oito) pacotinhos e a carteira de identidade do RASTA; no interior da casa do RASTA nada foi encontrado; da mesma forma receberam informação da equipe que monitorava Lombrigó desde a noite dando conta de que este também estava realizando o tráfico na área do Jungle e Favela e seguiram para abordá-lo; que a testemunha junto ao CAPITÃO chegaram as proximidades da casa de Lombrigó e este estava no portão e quando percebeu a presença dos policiais correu em fuga, porém o CAPITÃO conseguiu fazê-lo parar; que entraram na casa de Lombrigó e, na revista, o CAPITÃO encontrou na geladeira, no congelador, tabletes de maconha e um pote em outro local com cocaína; que também encontraram atrás da geladeira uma balança de precisão e cocaína a granel a ser dividida; que Lombrigó informou que recebia a droga de TERRIMAR e revendia; que a testemunha não recebeu nenhuma ameaça dos denunciados; (...)” (SD/PM Rafael) Aqui, deve-se pontuar que os policiais confirmaram que o recorrente estava na posse de

03 (três) tabletes grandes de maconha; 31 (trinta e uma) buchas de cocaína; 01 (uma) bucha grande de cocaína; e balança de precisão, merecendo ser ressaltada a fé-pública dos agentes, bem como que, no geral, são as únicas testemunhas dos crimes deste jaez, já que a população, moradora de lugares dominadas pelo tráfico, tem medo de apresentar qualquer relato que seja desfavorável aos supostos traficantes. Interessante colacionar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais pátrios sobre a relevância dos depoimentos dos policiais: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. SUFICIÊNCIA. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido decidiu com base em elementos probatórios disponíveis nos autos. Reexaminá-los para atender ao pleito de absolvição do ora recorrente ou desclassificação do delito implicaria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula 7/STJ. 2. O testemunho do policial é suficientemente para comprovar a autoria delitiva, consoante o entendimento predominante neste STJ, ressalvado o ponto de vista pessoal deste Relator. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 2283182 PR 2023/0016973–4, Relator: RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 25/04/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2023) AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do material probatório da lide, entenderam comprovadas a autoria e a materialidade delitiva. Para que fosse possível a análise da pretensão absolutória, seria imprescindível o reexame dos elementos fáticos, o que não se admite na estreita via do habeas corpus, que possui rito célere e cognição sumária. 2. O pedido de absolvição por ausência de provas suficientes para sustentar a condenação implica no reexame aprofundado de todo o acervo fático- probatório, providência totalmente incompatível com os estreitos limites do habeas corpus ( AgRg no HC n. 650.949/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 25/10/2021). 3. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes [...] e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. Precedentes. (AgRg no AREsp n. 1.997.048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/2/2022). 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 716902 SP 2022/0001609–8, Data de Julgamento: 02/08/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2022) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DOS POLICIAIS. FÉ PÚBLICA. ACERVO FIRME E SUFICIENTE. I – Inviável a absolvição do réu, quando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, aliados às circunstâncias do caso, evidenciam a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas. II – Segundo a jurisprudência consolidada, o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, porquanto se trata de agente do Estado cuja atuação é dotada de fé pública, notadamente quando prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e inexiste dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar

a imprestabilidade da prova. III – Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 07300708620208070001 DF 0730070-86.2020.8.07.0001, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Data de Julgamento: 04/11/2021, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/11/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – INADMISSIBILIDADE – DEPOIMENTO DE POLICIAIS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA – VALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Comprovadas a autoria e a materialidade do crime de tráfico, não há de se falar em absolvição por atipicidade da conduta ou insuficiência probatória. Incontroversa a posse da droga, é irrelevante o acusado ser flagrado em pleno ato mercantil. Os depoimentos de policiais civis são declarações dotadas de fé pública e, quando coerentes com o restante dos elementos probatórios, constituem prova idônea para embasar o juízo condenatório. (TJ-MG – APR: 10134210009244001 Caratinga, Relator: Márcia Milanez, Data de Julgamento: 03/03/2022, Câmaras Criminais / 8ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/03/2022) Na situação examinada, os policiais estavam no local do crime e flagraram o acusado com as drogas, sendo o depoimento prestado por eles coerente. Não bastasse, não há nenhum elemento apto a revestir os relatos de parcialidade ou de dúvida quanto à ocorrência do delito. Deste modo, entendo pela manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de drogas. Por sua vez, no que diz respeito à desclassificação do delito de tráfico para o de uso previsto no art. 28 da Lei de Drogas, não merece guarida a irresignação do recorrente. Isso porque, além de fundadas as razões que precederam a ação dos policiais, as circunstâncias que se apresentaram demonstram a finalidade mercantil da droga apreendida, afastando-se a desclassificação do delito de tráfico para o de uso previsto no art. 28 da Lei de Drogas, haja vista que fora apreendida 3 (três) tabletes grandes de maconha, 31 (trinta e uma) buchas de cocaína e 01 (uma) bucha grande de cocaína, em conjunto com balança de precisão em sua residência, não se permitindo concluir que seja ele apenas usuário. Ademais, não se podendo obliterar, igualmente, que se afigura despiciendo ser o agente no momento certo da prática da mercancia para se caracterizar o delito de tráfico de drogas. A apreensão de quantidade de grande importância de entorpecentes em poder do agente e a forma do acondicionamento da droga, acrescidas das palavras consistentes das testemunhas, vislumbra uma conjuntura fática e delitiva irrepreensível à conformação da traficância. Com núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – a Lei de Drogas faz previsão, também, do crime de uso pessoal, previsto no art. 28 nos seguintes termos: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos

incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio. Fazendo uma diferenciação simples entre o crime de tráfico e o de uso pessoal, Paulo Queiroz e Marcus Mota Moreira Lopes[28] ensina que: “Além disso, os verbos típicos não são exatamente os mesmos, embora coincidam no essencial. De todo o modo, temos que sempre que o agente praticar as ações descritas como constitutivas de tráfico (importar, exportar, remeter etc.) sem o objetivo de difusão (onerosa ou gratuita) para terceiros, mas visando apenas ao consumo próprio, responderá segundo o art. 28, na forma de adquirir, transportar ou trazer consigo droga.” Juarez Cirino dos Santos esclarece uma questão relevante sobre o concurso de condutas: “A conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas aparece no contexto de um concurso aparente de leis penais, porque está prevista em dois tipos legais da Lei 11.343/06: no art. 33, que define o tipo de tráfico; e no art. 28, que define o tipo de uso pessoal de drogas. O dilema de interpretação é óbvio: como saber se a conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas é subsumível no art. 33, como tráfico de drogas, ou no art. 28, como uso pessoal de drogas? O concurso aparente é resolvido pelo critério da especialidade: o tipo especial (art. 28) exclui o tipo geral (art. 33), porque contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres especiais, que afastam o tipo geral, segundo o princípio *lex specialis derogat legi generali* (Jescheck; Weigend, 1996; Santos, 2022, p. 447). Assim, se não existe indicação probatória da ação de ter em depósito ou de guardar droga para comercialização, então o tipo especial menos grave (art. 28) exclui o tipo geral mais grave (art. 33) da Lei de Drogas. Logo, a opção judicial de subsunção da conduta preexistente no tipo legal mais grave do art. 33, ignorando idêntica conduta no tipo legal menos grave do art. 28, infringe o princípio da especialidade, o mais importante critério do concurso aparente de tipos penais.” Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais. No caso sub examine, malgrado a afirmação de que as drogas ilícitas encontradas são de uso pessoal do Recorrente, na hipótese em epígrafe,



restou demonstrado a traficância não só pela forma de acondicionamento, quantidade significativa e natureza da droga apreendida – resultado positivo para a substância cocaína (31,86g) e cannabis sativa (1.900g) –, assim como pelas demais circunstâncias da prisão, tal como testemunhos dos policiais que participaram da diligência. Descabida, portanto, a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06, se os elementos de prova indicam a prática do crime de tráfico de drogas. Sobre o crime de porte ilegal de arma de fogo, especificamente quanto ao requerimento de absolvição com fulcro no princípio da insignificância, sem razão ao requerente. O Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/2003 está intrinsecamente relacionado ao direito à segurança, previsto constitucionalmente, sendo, para os seus defensores, uma forma de coibir que qualquer pessoa tenha o porte ou a posse de arma de fogo. Dentre seus defensores, os autores Antônio Pereira Duarte, Diaulas Costa Ribeiro e Benjamin Miranda Tabak argumentam que[29]: “ainda que se invoque o direito natural de defesa ou de resistência como argumento para o acesso facilitado às armas de fogo, há de se colocar na balança outros princípios que regem o arcabouço constitucional, sendo necessário, no mínimo, uma ponderação de interesses, que também sopesa os fundamentos que balizam a liberação ou restrição de armas. E dentro dessa percepção que se mostra adequado o exame dos princípios da proibição do retrocesso social e da proteção insuficiente, cotejando-os com o alegado direito de resistência”. Para os defensores, há uma grande relação entre o desarmamento e a violência e criminalidade no país. O art. 14 do Estatuto do Desarmamento dispõe ser crime o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, prevendo uma pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para os infratores: Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Sabe-se que os crimes de posse e porte de arma de fogo e/ou munição estão dentro da classificação como de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, trata-se de conduta típica o simples fato de possuir arma de fogo ou munição, uma vez que o crime formal não necessita de modificação do mundo exterior para a sua consumação. Assim, perante o caráter formal dos delitos de posse e porte de arma de fogo, afigura-se despicienda a realização de perícia para comprovação do seu potencial lesivo. A tipicidade dos crimes de posse e porte de munições de uso permitido e restrito dispensa, até mesmo, a apreensão da arma, já que a lei não trouxe tal exigência no preceito primário do tipo incriminador. Conforme a exordial acusatória, no dia 6 de dezembro de 2014, por volta das 5hs, próximo ao bairro de Pituba I e II, em Itacaré/BA, o recorrente fora surpreendido por Policiais Militares lotados na 72ª CIPM desta cidade, durante as ações investigatórias no contexto da chamada Operação Papai Noel, destinada ao combate ao crime de tráfico de drogas nesta cidade, “tendo em depósito e prontas para comercialização no varejo diversos tipos de drogas, dentre elas o vegetal cannabis sativa, o alcaloide cocaína e crack, esta um subproduto do alcaloide cocaína, além de uma balança de precisão, petrechos para embalar droga e munição do calibre .38, tudo armazenado no interior da casa dos denunciados”, conforme se infere dos respectivos autos de exibição e apreensão. Por sua vez, sobre o princípio da insignificância, imprescindível colacionar a doutrina de Bitencourt[30]: “O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira

vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor* (...) A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.” Ainda sobre a temática em comento, a lição de Damásio de Jesus[31]: “Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido de condicionar a aplicação do princípio da insignificância à verificação de quatro vetores: a) a ausência de periculosidade social; b) a reduzida reprovabilidade do comportamento; c) a mínima ofensividade da conduta; e d) a ínfima ou inexpressiva lesão jurídica”. Veja-se a respeito como decidem os Tribunais Pátrios nesta seara: “POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 3 – O C. STF E O E. STJ TÊM ADMITIDO A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO OU RESTRITO, QUANDO A QUANTIDADE DE MUNIÇÃO APREENDIDA É PEQUENA E DESACOMPANHADA DE ARMA DE FOGO, DESDE QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS QUE CARACTERIZAM A INSIGNIFICÂNCIA: OFENSIVIDADE MÍNIMA DA CONDUTA, INEXISTÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DO ATO, REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO E INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO PROVOCADA. (...) 5 – APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.” (Processo nº: 00011238220198070006 – APELAÇÃO CRIMINAL, Relator (a): Jair Soares, 2ª TURMA CRIMINAL – TJDF, Julgado em: 25/06/2020, Publicado em: 07/07/2020) (Grifos acrescidos) “EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – POSSE DE MUNIÇÕES EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE. (...) – A simples posse de meia dúzia de munições de uso permitido, sem se ter ao alcance a respectiva arma, não tem capacidade para submeter a risco o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, pois o delito em exame, além da conduta, reclama um resultado normativo que acarrete dano ou perigo concreto, já que o perigo abstrato, sem qualquer concretude, não resiste mais à adequada filtragem constitucional, nem às modernas teorias do Direito Penal.” (Processo nº: 1.0521.16.002991-9/002 – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE, Relator (a): Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL – TJMG, Julgado em: 19/08/2020, Publicado em: 21/08/2020) (Grifos acrescidos) Na mesma toada, iterativa jurisprudência da Corte da Cidadania: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PORTE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO

CASO CONCRETO. PORTE DE 5 MUNIÇÕES CALIBRE .32 E DE ARTEFATO INAPTO A DEFLAGRÁ-LAS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. INCOLUMIDADE PÚBLICA PRESERVADA. PERIGO NÃO CONSTATADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. – Permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, continua a preencher a tipicidade penal, não podendo ser considerada atípica a conduta. – Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes. (AgRg no HC 594431 / SP, Relator (a): Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA – STJ, Julgado em: 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (Grifos acrescidos) Bitencourt[32] aduz que “a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica”. Como assevera Zaffaroni[33], “a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada”. No caso dos autos, a despeito de se constatar a irrisória quantidade de munições apreendidas a incidir o referido princípio da insignificância, afastando, no caso concreto, a tipicidade material delitiva, as munições foram apreendidas no contexto de tráfico de drogas, demonstrando que o acusado estava envolvido com a criminalidade. À vista disso, é certo que a conduta praticada não se mostra revestida de mínima ofensividade e reduzido grau de reprovabilidade, inviabilizando, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância. Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que fixou a seguinte tese: “Não é possível aplicar o princípio da insignificância aos delitos de porte ou posse de munição, de uso permitido ou restrito, ainda que em pequena quantidade e desacompanhada de armamento apto ao disparo, se a apreensão acontecer no contexto do cometimento de outro crime”. Calha à fiveteia colacionar a ementa do recurso especial paradigma: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 284/STF AFASTADA. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEMENTOS CONCRETOS. MINORANTE. DESCABIMENTO. MUNIÇÕES APREENDIDAS NO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, tratando-se de mais de 4 kg de drogas de natureza altamente deletéria (cocaína, crack e pasta base de cocaína) e devidamente justificado pelo magistrado a fixação da pena-base em 7 anos e 6 meses de reclusão, não se verifica desproporcionalidade ou ilegalidade na primeira fase da dosimetria. 2. No julgamento do Resp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, decidiu-se que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente valoradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena

prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração à organização criminosa. 3. Hipótese em que a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 foi afastada não apenas em razão da quantidade/natureza da droga apreendida, mas também com fundamento em elementos concretos extraídos dos autos que, segundo o livre convencimento motivado do magistrado, indicam a dedicação à atividade criminosa. Outrossim, a inversão das conclusões do acórdão demandaria reexame fático-probatório, incabível na via do recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ. 4. A apreensão de munição, ainda que em pequena quantidade e desacompanhada de artefato, no mesmo contexto de tráfico de drogas, impede o reconhecimento da atipicidade material pela insignificância. Incidência da Súmula 83/STJ. 5. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial. (AgRg no AREsp n. 2.164.074/CE, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023.) Dessarte, os elementos colhidos em Juízo provam sobejamente a prática do delito pelo qual o Apelante foi condenado na sentença, radiografando-se provas robustas quanto à sua autoria e materialidade, sendo imperioso a manutenção do decisum neste ponto. Passo agora à análise do pedido subsidiário, quanto à dosimetria da pena base aplicada ao acusado. Em seu apelo, o recorrente argumenta sobre a redução da pena base aplicada, para o mínimo legal, além do reconhecimento da causa de diminuição de pena decorrente do tráfico privilegiado. Pois bem. Sobre a aplicação da pena, por sua vez, imprescindível trazer à colação a doutrina de Nucci, senão vejamos: “Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei. Destarte, nos limites estabelecidos pelo legislador – mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena – elege o magistrado o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Na visão de LUIZ LUISI, ‘é de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma ‘discricionariedade juridicamente vinculada’. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre eles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. Todavia, é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que, inclusive inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções de vida e do mundo do Juiz. Mas como acentua EMÍLIO DOLCINI, não existe uma irremediável e insuperável antinomia entre o ‘caráter criativo e o caráter vinculado da discricionariedade’, pois este componente emocional e imponderável pode atuar na opção do Juiz determinando-lhe apenas uma escolha dentre as alternativas explícitas ou implícitas contidas na lei’. Por meio da dosimetria da pena, o Magistrado calcula a pena do acusado, levando em consideração as particularidades do caso concreto, o grau de lesividade da conduta do agente, bem como a sua personalidade. Ao compartilhar o resultado de suas pesquisas acerca da evolução do sistema adotado na fixação da pena, assim escreveu o jurisconsulto e Magistrado baiano Ricardo Schmitt: “No transcurso da história, o sistema de

aplicação de penas passou por inúmeras transformações decorrentes de um longo processo evolutivo, que, de certo modo, operou um movimento pendular, variando da ampla e irrestrita liberalidade conferida ao julgador em aplicar medidas sancionadoras (penas indeterminadas), até a incidência de penas fixas (penas predeterminadas), desaguando no sistema vigente, que conduz à atribuição de maior margem de liberdade ao juiz, a partir de um sistema com parâmetros legais preestabelecidos. Portanto, no período medieval, encontramos um movimento reativo ao excessivo arbítrio concedido aos juízes, quando as penas eram absolutamente indeterminadas, tendo surgido uma nova concepção do direito penal que se contrapunha ao sistema anterior, passando para um sistema punitivo pautado em penas fixas. O referido movimento preconiza que ao juiz não deveria ser admitida a interpretação da lei, pois a sua atuação deveria se restringir à mera aplicação da normatização em vigor. Sem dúvidas, porém, a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, enquanto que a pena absolutamente determinada impedia o seu ajustamento pelo juiz, de acordo com a realidade fática concreta evidenciada. Os modelões, por lógica, não se mostraram eficazes em busca da incansável perseguição pela fixação da pena justa. A aplicação da pena não pode se converter em instrumento de opressão judicial, nem traduzir exercício arbitrário do poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, deverá estar necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado. Igualmente, no entanto, a possibilidade de valoração de circunstâncias fáticas concretas que conduzem o magistrado à escolha da adequada sanção penal impede o exercício do consagrado e necessário ajuste da reprimenda ao fato ilícito praticado pelo agente; portanto, a existência de pena previamente definida, em caráter imutável, não possibilita que o decreto sancionador alcance os fins sociais visados pelo julgamento. Em decorrência disso, fez-se imperativa a evolução do sistema, com a permissão de elevado crédito à livre dosagem das penas, a partir do estabelecimento de limites mínimos e máximos pela lei, pelos quais, com fundamento no princípio do livre convencimento, o juiz, motivadamente, estabelecerá a pena cabível para o caso concreto. É exatamente nesses limites preestabelecidos que se pauta hoje o sistema jurídico brasileiro no exercício do juiz sobre a fixação da pena em concreto. Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada em busca da pena necessária e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal. (...)."

Aplica-se, assim, o princípio da individualização da pena, evitando-se a padronização da sanção. Sobre o referido princípio, Guilherme de Souza Nucci<sup>3</sup> ensina que: "individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto." Ao destacar a relevância da motivação de cada uma das conclusões do magistrado quando da prolação de um comando sentencial, Ricardo Schmitt<sup>4</sup> assim escreve: "(...) A motivação explícita do julgador oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica, e os eventuais vícios no julgamento. É por isso que se mostra como obrigação instituída pela Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, que determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Configura-se a motivação como dever que tem o magistrado de expor as razões do seu convencimento, por

meio de um ato complexo, permeado por questionamentos críticos, históricos e racionais. Ao explicitar o seu entendimento, o juiz deverá expor sua motivação e todo o horizonte dentro qual se desenvolveu. A motivação é, portanto, uma exigência do próprio Estado. Em sendo a decisão judicial uma resposta à sociedade, é imperativo que se dê a publicidade das razões que conduziram o magistrado a decidir de determinado modo e não de outro, bem como avaliá-las. A motivação exala a necessidade de se permitir acesso às partes das razões do convencimento do julgador, pois, a partir dela, poderá surgir o eventual inconformismo em relação à decisão prolatada, já que, optando pela possibilidade de reformá-la ou cassá-la, será com base na motivação do julgado que as partes poderão exercitar seus direitos recursais." No ordenamento jurídico pátrio adota-se o sistema trifásico, composto das seguintes fases: na primeira, analisa-se as circunstâncias judiciais do crime; na segunda, as atenuantes e as agravantes; por fim, na terceira, considera-se quais são as causas de aumento e de diminuição. Nestas fases do cálculo da pena, o Magistrado atém-se a elementos que caracterizaram o crime, ao histórico e às características do agente. Vê-se da sentença primeva, quanto à dosimetria da pena do crime de homicídio, o juízo a quo estabeleceu (id 58153451): d) MARCOS WELBY FERREIRA DE SANTANA, vulgo LOMBRIGÓ: 1. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (art. 33 DA LEI 11.343/2006) 1ª FASE 1) Culpabilidade: O fato exige maior censura social diante da quantidade da droga encontrada. 2) Antecedentes: não é possuidor de maus antecedentes. 3) Conduta Social: há informação de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas, entretanto essa circunstância não será avaliada, neste momento, uma vez que será utilizada para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena. 4) Personalidade: poucos elementos foram coletados a respeito de sua personalidade, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente. 5) Motivos do crime: são inerentes ao tipo penal; 6) Circunstâncias do crime: são todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua prática, tais como clima, tempo, lugar e modo de execução. No caso examinado, não verifico circunstâncias a serem valoradas negativamente. 7) Consequências do crime: não há elementos para valorar tal circunstância negativamente. 8) Comportamento da vítima: é o exame do fato de acordo com a conduta da vítima. No presente caso, não se aplica tal circunstância judicial. Assim, sopesada individualmente as circunstâncias em referência, e, por entender necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão e, ante o juízo de reprovabilidade encontrado e a situação econômica do sentenciado, em 600 (seiscentos) dias-multa. 2ª FASE Não há circunstâncias atenuantes e agravantes a serem consideradas. 3ª FASE Não existem causas de diminuição ou de aumento de pena a serem consideradas. Portanto, torno a pena definitiva em 8 (oito) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, tudo corrigido quando do pagamento (artigo 43, da lei 11.343/06). 2. CRIME PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10.826/2003: 1ª FASE 1) Culpabilidade: é normal à espécie, não havendo circunstância a ser ponderada negativamente; 2) Antecedentes: não é possuidor de maus antecedentes; 3) Conduta Social: nada consta nos autos acerca de sua conduta social 4) Personalidade: poucos elementos foram coletados a respeito de sua personalidade, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente; 5) Motivos do crime: são normais ao tipo penal; 6) Circunstâncias do crime: são todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua

prática, tais como clima, tempo, lugar e modo de execução. Na espécie, as circunstâncias são normais ao tipo penal; 7) Consequências do crime: não houve circunstâncias graves em razão da munição não ter sido utilizada; 8) Comportamento da vítima: é o exame do fato de acordo com a conduta da vítima. No presente caso, não se aplica tal circunstância judicial; Com isso, à vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, as quais todas favoráveis ao acusado, fixo-lhe a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e, em 50 (cinquenta) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, tudo corrigido quando do pagamento (8 1º, art. 49, do CP), 2º FASE Não verifico a existência de circunstâncias atenuantes nem agravantes a valorar. 3º FASE Não há causas de aumento e diminuição da pena, assim, razão pela qual torno definitiva a pena em 2 (dois) anos de reclusão e, em 50 (cinquenta) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, tudo corrigido quando do pagamento (8 1º, art. 49, do CP). Finalmente, em sendo aplicável ao caso a regra do concurso material, conforme disposto pelo artigo 69 do Código Penal E dr PSRARIRA DE SANTANA, vulgo LOMBRIGÓ, condena ena ão € oceano: ie ficas. inyueiaise à e de 110 (um igésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, tudo corrigido quando do pagamento (artigo 43, da lei 11.343/06). A despeito de suscitar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, correspondente ao tráfico privilegiado, razão não lhe assiste. Prescreve o citado dispositivo: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Da norma se extraem os seguintes requisitos: ser réu primário; ter bons antecedentes criminais; não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. No caso em apreço, restou demonstrada a sua dedicação a atividades criminosas, visto que restou demonstrado não só pela forma de acondicionamento, quantidade e natureza da droga apreendida, assim como pelas demais circunstâncias da prisão, sendo o recorrente flagrantado durante as ações investigatórias no contexto da chamada Operação Papai Noel, destinada ao combate ao crime de tráfico de drogas na cidade de Itacaré/BA, relacionando-se indubitavelmente com outros traficantes da região, portanto, comportamento voltado à prática de atividades criminosas, não atendendo às condições estabelecidas na legislação[34]. Nesta senda, impende trazer, mais uma vez, a lição de Renato Brasileiro[35] sobre a temática: “De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, § 4º (...) Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase de cálculo da pena, no sistema trifásico de Nelson Hungria ( CP, art. 68).” Assim decidem os Tribunais em casos tais: “APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS, RECEPÇÃO DOLOSA E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DE RECEPÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM – DOLO EVIDENCIADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE CULPOSA – INCABÍVEL – PERDÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – DECOTE DA MAJORANTE DO TRÁFICO INTERESTADUAL – INVIÁVEL – SÚMULA 587 DO

STJ – TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECURSO IMPROVIDO. (...) V – O recorrente não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, em face das circunstâncias decorrentes da expressiva quantidade de drogas e a complexa logística do crime, onde denota-se que o réu compõe organização criminosa dedicada ao tráfico de entorpecente, ou ao menos se dedica a atividades criminosas, não tratando-se de mera "mula". Destarte, a impossibilidade de reconhecimento da minorante do tráfico ocasional, no presente caso, não está embasada tão somente na quantidade de entorpecente apreendido, mas também em especial referência ao modus operandi dos fatos, que emergiu a conclusão de que o réu dedica-se a atividades ilícitas ligada à traficância. (...)” (grifos acrescidos) (Apelação Criminal, Nº 0002260-67.2019.8.12.0004, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do MS, Relator: Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Julgado em: 09-11-2020, Publicado em: 11/11/2020) “APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS E TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, CAPUT, E ART. 33, CAPUT, C/C O § 4º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO A SER ANALISADO PELO JUÍZO A QUO, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS OU CAUTELARES. PLEITO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PROVIDÊNCIA JÁ ADOTADA NA ORIGEM. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. VETOR QUE NÃO FOI NEGATIVADO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DAS INSURGÊNCIAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO IMPOSSIBILIDADE. (...) Uma vez comprovada a dedicação do réu às atividades criminosas, inviável a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) que busca conferir situação mais benéfica àquele que ainda não se imiscuiu no mundo do narcotráfico. (...)” (Apelação Criminal, Nº 0002311-28.2019.8.24.0139, Relator (a): Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, Julgado em 12/11/2020) “PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REFORMA NA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA A PATAMARES MÍNIMOS. VEDAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANOTADAS COMO DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPENSAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 COM ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DAS FASES DOSIMÉTRICAS. AFASTAMENTO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL PARA APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL. INADMISSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. VEDAÇÃO LEGAL. 1.A comprovação da dedicação dos Apelantes à prática criminosa impede o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. (...)” (grifos acrescidos) (Apelação Criminal Nº 0002495-49.2019.8.01.0001, TJAC, Relator (a): Pedro Ranzini, Câmara Criminal, julgado em 30-07-2020, Publicado em 02/08/2020). Na situação examinada, o Juízo Primevo, acertadamente, adotando os parâmetros do Código Penal quanto à aplicação da pena, na primeira fase desta, ponderadas as circunstâncias judiciais, reconheceu negativamente, fixou a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão, tornando-a definitiva, eis que ausentes circunstâncias agravantes/atenuantes (2ª fase) e causas de aumento ou diminuição de pena (3ª fase). Neste mesmo sentido, pontuou o órgão ministerial em parecer de Id. 68516393, v.g.: “Ao exame da pena aplicada. No presente caso, a natureza e a quantidade de substâncias



apreendidas sustentam a elevação da pena acima no mínimo legal, visto que, nos casos de tráfico ilícito de entorpecente a fixação da pena deve observar, além do disposto no artigo 59 do Código Penal, o preceituado no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, o qual estabelece ser a quantidade e a natureza da droga suficientes para a exasperação da pena-base: TEMA 712 DO STF: As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Na segunda fase, a pena se manteve inalterada. Na terceira e última fase, a defesa pleiteia o reconhecimento do tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4, da Lei 11.343/2006. O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, dispõe que: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso sob análise há informação nos autos de que o Recorrente é integrante de organização criminosa, circunstância que afasta o tráfico privilegiado. A pena aplicada deve ser mantida, eis que fixada com estrita observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que não comporta reparos. In terminis, por tudo quanto exposto, inclina-se este Relator pelo acerto do decisum proferido pelo Juízo a quo, que não merece nenhuma reprimenda.

3. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso de Apelação, mantendo-se a sentença a quo em todos os seus termos. Salvador, data de inclusão no sistema. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator GRG VI 239

[1] Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. [2] Idem, p. 1596. [3] DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. [4] Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418. [5] “O termo apelação deriva do vocábulo latino *appellationem*, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo *appellare*, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal, v. IV, p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal, v. V, p. 280). [6] Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. [7] Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710. [8] Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. Editora: SaraivaJur. [9] Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho...[ et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. [10] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. [11] SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017 [12] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. [13] Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho...[ et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. [14] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. [15] AVENA, Norberto. Processo

penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. [16] 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. [17] HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021 [18] Avena, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. 7ª ed. p. 290. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015 [19] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. [20] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. [21] op.cit. [22] op.cit. [23] op.cit. [24] op.cit. [25] Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40-41. [26] “Art. 33. 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 ou regulamentar (...)” [27] “A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canábica (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes” (STF, HC 69.806/GO, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 04.06.1993).” [28] QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23 [29] DUARTE, A. P; RIBEIRO, D. C; TABAK, B. M. A. Flexibilização do Estatuto do Desarmamento sob a Ótica da Constituição Brasileira e da Análise Econômica do Direito. REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliotec\\_a/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Dir-Paz\\_n.36.15.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec_a/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Dir-Paz_n.36.15.pdf). Acesso em: 16 nov. 2021 [30] Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 – 26. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, pp. 139-140. [31] Parte geral / Damásio de Jesus ; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 1– 37. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 56. [32] Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 – 26. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, pp. 144-145. [33] Apud, Idem, p. 145. [34] Art. 33. 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 ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012) [35] Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1069.