

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300743-25.2013.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: RAFAEL DOS SANTOS LIMA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA COLHIDA EM AUDIÊNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. LEITURA DE DEPOIMENTO PRESTADO NA FASE INQUISITORIAL PARA RELEMBRAR OS FATOS AOS POLICIAIS. POSSIBILIDADE. ART. 204 DO CPP. ENTENDIMENTO DO STJ E STF. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E, SUBSIDIARIAMENTE, DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSPORTAR DROGAS É ELEMENTAR DO CRIME DE TRÁFICO E DE CONSUMO PESSOAL. ART. 28, § 2º, DA LEI 11.343/2006, ESTABELECE OS CRITÉRIOS PARA DEFINIR QUAL O CRIME PERPETRADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E PESSOAIS, BEM COMO ANTECEDENTES. RÉU FLAGRADO COM QUANTIDADE ÍNFINITA. CONTEXTO DA PRISÃO NÃO DEMONSTRA A MERCANCIA. POLICIAIS NÃO APONTAM O TRÁFICO. HAVENDO DÚVIDA, É IMPERIOSO O RECONHECIMENTO DO CRIME DE CONSUMO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. NÃO OCORREU A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. NECESSIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 30 DA LEI 11.343/2006. PRESCRIÇÃO OCORRE EM DOIS ANOS. DECURSO DE MAIS DE 6 ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. De pronto, alega a defesa do réu que é nula a prova oral produzida em audiência de instrução e julgamento, uma vez que houve a leitura do depoimento prestado por uma das testemunhas na fase policial, em nítida violação ao princípio da oralidade. 2. Entende-se, por princípio da oralidade, que os atos processuais exteriorizam-se por meio da palavra falada, sendo um artifício para a aplicação de outros princípios como o da identidade física do juiz, a concentração do conhecimento da causa em um único período, a celeridade e a busca da verdade real. Contextualizando o princípio da oralidade ao caso em questão, entende a defesa que houve uma violação ao preceito porque, quando o juiz lê, na audiência, um depoimento prestado na fase inquisitorial, não permite que a testemunha utilize da palavra falada para, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, esclarecer os pontos que presenciou. Entende-se que há uma indução da testemunha que, conhecendo os relatos fornecidos na Delegacia, tendem a apenas ratificá-lo. Assim, apontam os defensores dessa teoria que os sinais faciais, o tom de voz, gesto e outros movimentos levados em consideração na oralidade ficam prejudicados com a leitura, para a testemunha, do depoimento prestado na fase de investigação. 3. De acordo com o art. 204 do Código de Processo Penal, o depoimento deverá ser prestado oralmente, porém, será permitida a consulta a apontamentos. É comum, nas situações em que a autoridade policial é a testemunha, que se leia os esclarecimentos prestados durante a investigação, dado que tais profissionais, por trabalharem no policiamento ostensivo, podem, facilmente, esquecer da situação discutida nos autos. Assim, a leitura do depoimento, um detalhe presente nas declarações, podem aclarar e fazer o policial rememorar as circunstâncias delituosas. Nesse contexto, admissível a leitura, sendo este o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 4. No mérito, a apelação interposta pelo réu tem como questão nuclear o pleito de absolvição, sob o argumento de que a droga encontrada era para uso pessoal, e não para o tráfico. Subsidiariamente, fora requerida a desclassificação para o crime de uso e

a aplicação da causa de diminuição do art. 33, 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo. 5. De acordo com a denúncia, no dia 21 de julho de 2013, por volta das 18:00 horas, na Rua Lua Nova, no Município de Eunápolis, policiais faziam ronda na região, quando avistaram o réu e dois indivíduos em atitude suspeita, o que fizeram com que os abordassem. Durante a abordagem, foram encontradas com o acusado 21 pedras de crack, pesando, no total, 3,80g (três gramas e oitenta centigramas). Por tal razão, fora ele denunciado e condenado pelas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006 – tráfico ilícito de drogas. 6. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adéqüe-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Por sua vez, 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. 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. 7. 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. 8. O primeiro ponto a se destacar é a ínfima quantidade encontrada com o réu, apenas 3,80g (três gramas e oitenta centigramas) de cocaína, materializadas por meio de 21 (vinte e uma) pedras de crack. A pessoa que compra substância ilícita para consumo pessoal não necessariamente adquire uma ou duas pedras. Compra-se, em verdade, a quantidade que utilizará em uma ou duas semanas, ou até mesmo o que consumirá em um mês. No caso dos autos, o acusado, ao ser ouvido em Juízo, afirmou que era usuário e que consumia por volta de 5 a 10 pedras de crack por dia. Não bastasse tais elementos, dos depoimentos prestados pelos policiais extraí-se que, malgrado as drogas tenham sido encontradas com o acusado, não há qualquer narrativa de que ela seria destinada ao tráfico. Do contexto em que o acusado fora preso, depreende-se, apenas, que ele estava com as drogas e na companhia de dois indivíduos. Não há indicativo de que estava usando a droga junto com os rapazes, muito menos de que estava repassando a substância para eles. Outrossim, deve-se ressaltar que não fora encontrado com o acusado nenhum apetrecho que apontasse para o crime de tráfico, a exemplo de uma caderneta de anotações e cédulas de dinheiro trocado. Assim, seria desarrazoado reconhecer o crime de tráfico ilícito de drogas quando nenhuma das circunstâncias aponta para tal. 9. Diante deste contexto, impõe-se a desclassificação do crime descrito na exordial para o de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. 10. Ressalte-se que, ao contrário do que fora pleiteado pelo acusado, não se trata de absolvição, pois o crime de porte de droga para consumo pessoal não fora descriminalizado. 11. Malgrado o crime de porte de droga para consumo pessoal enseje a imediata remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por tratar-se de infração de menor potencial

ofensivo, deixo de fazê-lo, uma vez que, in casu, ocorreria a prescrição. 12. O instituto da prescrição visa assegurar a aplicação e efetivação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, proporcionalidade, duração razoável do processo e dignidade da pessoa humana, visto que compete ao Estado ao conduzir as investigações e processos criminais de maneira célere e eficaz. 13. O art. 30 da Lei 11.343/2006 prevê o prazo prescricional de 02 (dois) anos para o caso de condenação pelo crime de posse de droga para uso pessoal. A denúncia foi recebida em 03/07/2017 (ID 57518789) e a sentença condenatória fora publicada em 12/07/2023. Proferida a sentença, o Ministério Público, apesar de ter sido devidamente intimando, não apresentou recurso, transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação. Desse modo, como do recebimento da denúncia até a data da publicação da sentença condenatória passaram-se mais de 6 (seis) anos, não pairam dúvidas de que a pretensão punitiva estatal foi atingida pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0300743-25.2013.8.05.0079, em que figuram como apelante RAFAEL DOS SANTOS LIMA 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, por maioria, em CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Apelação, declarando, de ofício, a EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE do réu, em razão da prescrição da pretensão punitiva, 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 provido em parte Por Maioria Salvador, 4 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300743-25.2013.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: RAFAEL DOS SANTOS LIMA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Versam os presentes autos sobre Recurso de Apelação Criminal interposto por RAFAEL DOS SANTOS LIMA, contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA que, nos autos da ação penal tombada sob o nº 0300743-25.2013.8.05.0079, julgou procedente a denúncia formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA para condenar o acusado a uma pena definitiva de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas). Em suas razões recursais, alega, preliminarmente, a nulidade da prova oral produzida em audiência, sob o argumento de que houve violação ao princípio da oralidade. Explica que: “naquela instrução, antes de qualquer manifestação da testemunha de acusação – o Sr. Ermínio– o depoimento que este prestou em sede de inquérito policial foi lido em sua inteireza. Fato inadmissível que ocorreu no mesmo interrogatório foi a comparação, ato do tempo, do depoimento do inquérito e o falado em juízo pelo Douto Magistrado, contribuindo para a identificação de supostas contrariedades e dificultando o trabalhoda defesa”. No mérito, requer a absolvição, afirmando que: “Não há provas suficientes para atestar que o Recorrente estava praticando qualquer das condutas previstas no art. 33 da Lei de Drogas.”. Acrescenta que: “à época era viciado em crack, chegando a fumar cerca de 10 pedras por dia, segundo ele “quanto mais tivesse eu fumava. DESTACA-SE QUE foram encontradas com o ora Apelante apenas 21

pedras de crack, as quais poderiam ser consumidas em 2 dias. Não há informações sobre supostos compradores, nenhuma quantia SIGNIFICATIVA de dinheiro foi encontrada, nenhuma evidência de movimentação de comercialização, nenhum apetrecho utilizado para a comercialização de entorpecentes – NÃO ESTÁ COMPROVADA A TRAFICÂNCIA. Não existem elementos nos autos que deixem claro que o réu estivesse incurso no art. 33 da L. 11.343/06". Subsidiariamente, declara que: "vem a defesa requerer, em caso de manutenção da condenação, que seja desclassificada a conduta do Apelante para o art. 28 da L. 11.343/06, sendo após os autos remetidos ao juízo competente". Afirma que: "Na terceira fase foi considerada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduzida em menor grau, 1/3, sem qualquer motivação para não aplicação em grau máximo. Fere os preceitos da razoabilidade e proporcionalidade a diminuição em menor grau, quando presentes e satisfeitos todos os requisitos legais". Por fim, pleiteia: "o afastamento ou, subsidiariamente, a redução/parcelamento da pena de multa, visto que o Apelante não possui condições de arcar com o ônus financeiro". Ao final, requer: "1) A nulidade das provas obtidas em juízo, visto que a leitura prévia e integral do depoimento inquisitorial fere o princípio da oralidade consagrado no art. 204 do cpp, trazendo manifesto prejuízo à defesa; 2) Requer a absolvição do Recorrente, haja vista a insuficiência probatória para comprovação da imputação do tráfico de drogas, com base no art. 386, VII do CPP; 3) Subsidiariamente, em caso de condenação, requer a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o delito previsto no art. 28 do mesmo diploma legal, pelos fundamentos expostos, com espeque no art. 383 do Código de Processo Penal; 4) Ainda eventualmente, a readequação e redução da pena imposta, sendo aplicada a pena base em seu patamar mínimo, e, diminuída, em grau máximo, em razão da incidência do artigo 33, § 4º, considerando a presença de todos os requisitos autorizadores; 5) Por fim, requer o afastamento, ou, subsidiariamente, a redução ou parcelamento da pena de multa imposta, conforme art. 50, caput c/ c § 2º, art. 60, todos do Código Penal". Em sede de contrarrazões, o Ministério Público refutou os argumentos do apelo interposto pela parte adversa, pugnando pelo desprovimento do recurso. Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria. Remetidos os autos à Douta Procuradoria de Justiça, a ilustre Procuradora de Justiça Cláudia Carvalho Cunha dos Santos opinou pelo Conhecimento e Parcial Provimento do Recurso de Apelação para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo, e requereu, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 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, data da assinatura eletrônica. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300743-25.2013.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: RAFAEL DOS SANTOS LIMA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior<sup>1</sup> 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<sup>2</sup> também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>: “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 Forais 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<sup>7</sup>: “=>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.” Voltando olhares para os autos, verificada a tempestividade do recurso em tela, bem como a presença dos demais requisitos de admissibilidade exigidos para o manejo, deverá ser conhecido, razão pela qual passamos à análise do mérito. 2. DA

PRELIMINAR DE NULIDADE – LEITURA DE DEPOIMENTO EM AUDIÊNCIA De pronto, alega a defesa do réu que é nula a prova oral produzida em audiência de instrução e julgamento, uma vez que houve a leitura do depoimento prestado por uma das testemunhas na fase policial, em nítida violação ao princípio da oralidade. 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<sup>8</sup>: “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.” Tratando acerca das provas ilícitas, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>9</sup> assim dispõem: “O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros

direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, in fine), dentre outros. A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal. (...) Aspecto relevante diz respeito à prova ilícita por derivação. É o caso de prova obtida a partir de uma prova ilícita. Exemplo notório é o caso de confissão de crime mediante tortura que permite a apreensão do produto mediante ordem judicial. A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou tal teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive. (...) Ressalte-se, nesse contexto, que, em alguns casos, a prova ilícita poderá ser produzida pelo próprio interessado, como único meio de sustentar sua inocência, configurando, dessa forma, o estado de necessidade, que exclui a ilicitude do ato. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a prova, que em princípio seria ilícita, produzida pelo réu em estado de necessidade, ou legítima defesa, causas excludentes da antijuridicidade da conduta. Nesse contexto, a doutrina tem feito uma diferenciação entre a prova ilícita produzida pelo Estado e aquela produzida pelo particular, para afirmar que apenas no primeiro caso incidiria a regra do art. 5º, LVI. O fundamento, encontrado na jurisprudência norte-americana, é que apenas o Estado (produtor da prova) seria o sujeito passivo do direito fundamental à não produção no processo da prova obtida por meios ilícitos. A teleologia da norma constitucional, além da garantia de um substrato ético ao processo (*fair trial*), é o efeito dissuasório da atividade persecutória das autoridades públicas, de modo que, na hipótese de inexistência de qualquer participação destas, a prova obtida pelo particular deveria ser *prima facie* admitida. O Supremo Tribunal Federal, porém, não tem dado relevância a essa distinção, mesmo porque atualmente o Tribunal tem aceitado a tese de que os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também os particulares. Assim, a prova ilícita não deve constar do processo ou dele há de ser desentranhada. A condenação com base exclusivamente em prova ilícita será nula. O *habeas corpus* é instrumento idôneo para obter a declaração de ilicitude da prova e postular o seu desentranhamento do processo ou, se for o caso, a nulidade *ab initio* da ação penal, desde a denúncia, inclusive.” Colhe-se, ainda, da doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>10</sup>: “Há direito fundamental à prova no processo. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo. O direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) a existência de relação teleológica entre prova e verdade (art. 369 do CPC de 2015); (ii) a admissibilidade da prova e dos meios de prova; (iii) a distribuição adequada do ônus da prova (art. 373 do CPC de 2015); (iv) o momento de produção da prova; e (v) a valoração da prova e formação do convencimento judicial. A verdade é pressuposto ético do processo justo. Uma das fontes de legitimação da função judiciária é a verdade – *veritas, non auctoritas facit iudicium*. É necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo. Daí existir uma relação teleológica entre prova e verdade – a prova visa à apuração da veracidade

das alegações de fato. A verdade é um problema unitário – inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo – e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de correspondência. Como a verdade é ao mesmo tempo relativa e objetiva, só pode ser compreendida – dentro e fora do processo – partindo-se da ideia de maior probabilidade lógica possível. O direito fundamental à prova assegura a produção de prova admissível. Note-se que a Constituição, ao vedar a admissão de prova ilícita (art. 5.º, LVI), contrariamente autoriza a admissão de toda e qualquer prova lícita. O problema está, portanto, em individualizar quais são os requisitos que determinam a admissão da prova. Uma prova é admissível quando a alegação de fato é controversa, pertinente e relevante. A alegação é controversa quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É pertinente quando diz respeito ao mérito da causa. É relevante quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas qualidades objetivas, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova. (...) Não são admissíveis no processo provas ilícitas. Prova ilícita é toda aquela obtida de forma contrária ao direito. Pouco importa se a violação concerne ao direito material ou ao direito processual – em ambos os casos a prova deve ser considerada ilícita. Como assevera o art. 157 do CPP, em proposição de caráter geral, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. No processo penal, há proibição absoluta de emprego de prova ilícita para corroborar alegações da acusação. O direito de permanecer calado (*nemo tenetur se detegere*) e a presunção de inocência denotam a proeminência constitucional do direito de liberdade do acusado em face da pretensão punitiva do Estado – daí a proibição absoluta de prova ilícita em favor da acusação no processo penal. A favor da defesa, contudo, é possível pensar no emprego de prova a princípio ilícita no processo penal. A proeminência do direito à liberdade diante do Estado justifica a sua utilização. (...)” No âmbito do direito processual penal, Renato Brasileiro<sup>11</sup> traz os seguintes ensinamentos acerca da prova ilícita: “O direito à prova, como todo e qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Não por outro motivo, dispõe a Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). (...) Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal. Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica. Nunca é demais lembrar as lições de Paulo de Sousa Mendes: “De resto, a proibição de utilização (=valoração) das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controle social. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: – não sucumbais ao canto da sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente



obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios! Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrases a arma do crime, então é como se tivésseis destruído essa prova material". (...)." Nas palavras de Eugénio Pacelli<sup>12</sup>: "Nos termos do art. 5º, LVI, da CF, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Também o art. 157, caput, CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/08, reproduz a mesma vedação. Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. (...)." Na situação examinada, consoante já especificado, a defesa entende que a leitura, durante a audiência de instrução e julgamento, de depoimento colhido na fase de inquérito, ainda que tenha por escopo lembrar a testemunha dos fatos, viola o princípio da oralidade, sendo, por conseguinte, revestida de nulidade. Entende-se, por princípio da oralidade, que os atos processuais exteriorizam-se por meio da palavra falada, sendo um artifício para a aplicação de outros princípios como o da identidade física do juiz, a concentração do conhecimento da causa em um único período, a celeridade e a busca da verdade real. Esclarecendo o significado e a importância do referido princípio, Noberto Avena<sup>13</sup>: "Tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova. É o caso, por exemplo, da testemunha: mais valor terá a prova se realizada em audiência do que, ao contrário, se meras declarações escritas forem trazidas pelas partes e incorporadas ao processo. A oralidade, mais do que um princípio, traduz-se como uma forma de conduzir o processo, implicando dois subprincípios: a concentração e a imediação". Quando se fala em oralidade, não se está a excluir os atos escritos, os quais, ressalte-se, continuam tendo grande importância no processo, possibilitando o registro e documentação e permitindo um controle da prova. Sobre a importância dos meios escritos mesmo diante do princípio da oralidade, assevera Chiovenda<sup>14</sup>: "o princípio da oralidade não exige em rigor a exclusão da escrita no processo, como o nome poderia levar os desavisados a presumir, uma vez que a escrita, como meio aperfeiçoado, que é, de exprimir o pensamento e de conservar-lhe duradouramente a expressão, não pode deixar de ocupar no processo o lugar, que ocupa em qualquer relação da vida. Mas precisamente não se lhe quer atribuir senão o lugar que lhe compete segundo as condições da vida moderna e conforme a utilidade efetiva que possa ter nos processos". Anteriormente à reforma processual penal de 2008, a oralidade não era uma regra, ocorrendo,

basicamente, no Tribunal do Júri e em Juizado Especial. Com as alterações, o princípio da oralidade passou a ter um maior significado, sendo uma regra em nosso sistema. Tratando sobre essa mudança, Renato Brasileiro assim dispõe: “Antes da reforma processual de 2008, a oralidade só era adotada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95, art. 82) e no Plenário do Júri. Com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08 e pela Lei nº 11.689/08, a oralidade passou a ser adotada, como regra, no procedimento comum e também em ambas as fases do procedimento bifásico do Júri. Optou-se, assim, pela adoção do princípio da oralidade, em razão do qual deve ser dada preponderância à palavra falada sobre a escrita, sem que esta seja excluída”. Contextualizando o princípio da oralidade ao caso em questão, entende a defesa que houve uma violação ao preceito porque, quando o juiz lê, na audiência, um depoimento prestado na fase inquisitorial, não permite que a testemunha utilize da palavra falada para, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, esclarecer os pontos que presenciou. Entende-se que há uma indução da testemunha que, conhecendo os relatos fornecidos na Delegacia, tendem a apenas ratificá-lo. Assim, apontam os defensores dessa teoria que os sinais faciais, o tom de voz, gesto e outros movimentos levados em consideração na oralidade ficam prejudicados com a leitura, para a testemunha, do depoimento prestado na fase de investigação. Este, porém, não é o entendimento com o qual coaduno. De acordo com o art. 204 do Código de Processo Penal, o depoimento deverá ser prestado oralmente, porém, será permitida a consulta a apontamentos. Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos. Do dispositivo, extrai-se que a testemunha não poderá levar seu depoimento de forma escrita, já que é importante que o Juízo esteja em contato direto com a prova e, por meio do princípio da oralidade, possa ter suas percepções acerca da veracidade das alegações das testemunhas. A consulta a apontamentos, entretanto, é permitida, de modo que não vislumbro qualquer impedimento para que o depoimento prestado na fase inquisitorial seja lido em audiência, anteriormente à oitiva da testemunha. É comum, nas situações em que a autoridade policial é a testemunha, que se leia os esclarecimentos prestados durante a investigação, dado que tais profissionais, por trabalharem no policiamento ostensivo, podem, facilmente, esquecer da situação discutida nos autos. Assim, a leitura do depoimento, um detalhe presente nas declarações, podem aclarar e fazer o policial rememorar as circunstâncias delituosas. Nesse contexto, admissível a leitura, sendo este o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSULTA DE DOCUMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO INDEVIDA. AGRADO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ é firme no entendimento de que não se declara a nulidade do ato processual – seja ela relativa ou absoluta – se a arguição do vício não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, situação ocorrida nos autos. 2. A leitura de depoimento prestado em sede policial não é causa de nulidade da oitiva de testemunhas, pois, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, “o art. 204, parágrafo único, do Código de Processo Penal, autoriza a breve consulta a apontamentos até mesmo durante a oitiva, inexistindo ilegalidade no fato de que as testemunhas, policiais civis, que participaram da investigação e conheciam o inquérito policial, tenham

consultado a peça da qual já tinham conhecimento, ou até a seu depoimento anterior, antes de serem ouvidos pelo Magistrado” (HC n. 145.474/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe de 30/5/2017). 3. A tese sobre a exclusão do emprego de arma não foi alegada nas razões do especial interposto pela defesa, o que configura verdadeira inovação processual, inadmissível em agravo regimental. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e não provido. (AgRg no AREsp n. 1.170.087/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 29/11/2022.) Na mesma linha entende o Supremo Tribunal Federal: (...) Ademais, não se pode olvidar a finalidade buscada no âmbito do processo penal, isto é, a verdade real, sendo certo que a leitura das declarações prestadas na etapa extrajudicial, permitem que a testemunha possa se lembrar do ocorrido e dizer, com toda fidelidade e firmeza, o que realmente sabe sobre os fatos. Outrossim, é importante ressaltar que o magistrado, ao examinar o mérito, apreciará as provas como um todo, amparando-se, inclusive, nos elementos coligidos durante a etapa de inquérito. É nesse contexto que exsurge a necessidade de que seja estabelecida uma sintonia entre as declarações prestadas na fase de inquérito e na etapa judicial, de modo a atribuir maior idoneidade à prova oral, possibilitando, assim, que o magistrado as utilize na formação do seu convencimento. (...) (RHC 124919, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 01/07/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 04/08/2015 PUBLIC 05/08/2015) Diante desse quadro, não vislumbro qualquer nulidade a ser acolhida. 3. DO MÉRITO A apelação interposta pelo réu tem como questão nuclear o pleito de absolvição, sob o argumento de que a droga encontrada era para uso pessoal, e não para o tráfico. Subsidiariamente, fora requerida a desclassificação para o crime de uso e a aplicação da causa de diminuição do art. 33, 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo. De acordo com a denúncia, no dia 21 de julho de 2013, por volta das 18:00 horas, na Rua Lua Nova, no Município de Eunápolis, policiais faziam ronda na região, quando avistaram o réu e dois indivíduos em atitude suspeita, o que fizeram com que os abordassem. Durante a abordagem, foram encontradas com o acusado 21 pedras de crack, pesando, no total, 3,80g (três gramas e oitenta centigramas). Por tal razão, fora ele denunciado e condenado pelas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006 – tráfico ilícito de drogas. Pois bem. Vigê, 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 que se presuma sua inocência, 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<sup>16</sup>, 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<sup>17</sup>, 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<sup>18</sup> 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<sup>19</sup>, 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<sup>20</sup>: "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<sup>21</sup>, 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 presume-se 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 ao crime de tráfico ilícito de drogas. Pois bem. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adéqüe-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Dipõe 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:22 “Como deixa claro o caput do art. 3323 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 penal24. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas.” Extrai-se daqui, que 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. Por sua vez, 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 trouxer 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<sup>25</sup> 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. Na situação examinada, consta do auto de exibição e apreensão (ID 57518039) que fora apreendido com o réu 21 pedras de crack, pesando, aproximadamente, 4g (quatro gramas). Atestando a natureza da substância, o laudo de constatação provisório (ID 57518067) e o laudo pericial definitivo (ID 57518770) constataram que fora positivo o resultado para benzoilmetilecgonina, substância proscriita e popularmente conhecida como

cocaína. 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. Quanto à autoria, os policiais Ermínio Bonfim de Almeida Neto e Paulo Cezar Andrade Souza confirmaram, em Juízo, que as substâncias proscritas foram encontradas com o réu. Deve-se compreender, agora, se a droga encontrada com o acusado era para fins de tráfico ou uso pessoal. O primeiro ponto a se destacar é a ínfima quantidade encontrada com o réu, apenas 3,80g (três gramas e oitenta centigramas) de cocaína, materializadas por meio de 21 (vinte e uma) pedras de crack. A pessoa que compra substância ilícita para consumo pessoal não necessariamente adquire uma ou duas pedras. Compra-se, em verdade, a quantidade que utilizará em uma ou duas semanas, ou até mesmo o que consumirá em um mês. No caso dos autos, o acusado, ao ser ouvido em Juízo, afirmou que era usuário e que consumia por volta de 5 a 10 pedras de crack por dia. Não bastasse tais elementos, dos depoimentos prestados pelos policiais extrai-se que, malgrado as drogas tenham sido encontradas com o acusado, não há qualquer narrativa de que ela seria destinada ao tráfico. Do contexto em que o acusado fora preso, depreende-se, apenas, que ele estava com as drogas e na companhia de dois indivíduos. Não há indicativo de que estava usando a droga junto com os rapazes, muito menos de que estava repassando a substância para eles. Outrossim, deve-se ressaltar que não fora encontrado com o acusado nenhum apetrecho que apontasse para o crime de tráfico, a exemplo de uma caderneta de anotações e cédulas de dinheiro trocado. Assim, seria desarrazoado reconhecer o crime de tráfico ilícito de drogas quando nenhuma das circunstâncias aponta para tal. Neste mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVAS DE AUTORIA INSUFICIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. 1. Admite-se, em recurso especial, a desclassificação do delito quando para tanto bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão, como no caso em exame. 2. A apreensão de 20g de cocaína com o acusado, que afirmou ser para uso próprio, indica, neste caso, a configuração do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, pois, além desses elementos, nada mais foi produzido que sinalize para a possível prática do crime de tráfico de entorpecentes, não bastando o fato de a droga ter sido apreendida em diversas "trouxinhas". (Precedente.) 3. A condenação pressupõe prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria, situação não ocorrente na espécie, em que o Juízo condenatório apoiou-se em uma presunção. 4. Agravo regimental provido. (STJ – AgInt no AREsp: 741686 RO 2015/0165441-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/08/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2021) TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: DESCLASSIFICAÇÃO – PORTE PARA USO PRÓPRIO – ADMISSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL – APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS SEM QUALQUER OUTRO ELEMENTO A INDICAR A MERCANCIA OU OUTRO ATO DE TRÁFICO – RECURSO PROVIDO. "Na dúvida, necessária a desclassificação, ainda que com isso esteja-se correndo risco de brindar imerecidamente aquele que, pela

realidade desconhecida, merecia a condenação pelo tráfico." (TJ-SP – APR: 15003017920218260439 SP 1500301-79.2021.8.26.0439, Relator: Jayme Walmer de Freitas, Data de Julgamento: 14/03/2022, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 14/03/2022) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE USO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA SEGURA DO SUPOSTO ENVOLVIMENTO DO RÉU NO TRÁFICO DE DROGAS. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. MERAS SUPOSIÇÕES. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. – No delito de tráfico, a existência de meros indícios não autoriza o decreto condenatório, devendo estar comprovada, de forma segura e firme, a traficância exercida pelo acusado. Observância ao princípio in dubio pro reo – Não havendo provas de que a droga apreendida em poder do réu se destinava à comercialização e se as circunstâncias indicam que a substância se destinava ao seu próprio consumo, impõe-se a desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente – Recurso provido. (TJ-MG – APR: 10701180160312001 MG, Relator: Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 24/04/2019, Data de Publicação: 02/05/2019) Havendo dúvida se o acusado é traficante ou usuário, deve sempre prevalecer o crime de uso pessoal, mais favorável ao réu. O Poder Judiciário não pode, indistintamente, reconhecer usuários como traficantes, quando as circunstâncias e a ínfima quantidade de droga não apontam a mercancia. Como bem ressaltado por Walter Nunes da Silva Júnior e Olavo Hamilton, na obra “Drogas e Punitivismo – Superlotação carcerária, aumento de criminalidade e fomento das organizações criminosas”, quando alguém é flagrado com uma quantidade de droga, a tendência imediata é enquadrá-lo no crime de tráfico, cabendo ao sujeito demonstrar que, na verdade, a substância era para consumo pessoal. In verbis: “Por outro lado, observa-se que, quanto à distinção entre o consumo de drogas e o tráfico, não se adotou o sistema objetivo, tendo sido dada preferência ao flexível, estratégia que, como se verá no item seguinte, se revelou um grande equívoco, pois fomentou a atuação policial tendo em mente que, na dúvida, a apreensão de drogas nas mãos de pessoas da periferia se enquadra como tráfico, dado que o que distingue um e outro crime é o tipo subjetivo, ou melhor, o que se acredita que seja a intenção do agente. A redação empregada pelo legislador estimula esse pensamento. Para o crime do art. 28, caput e § 1º, exige-se a comprovação de que a ação foi praticada para fins de consumo próprio. Para o crime do art. 33, caput e § 1º, apresenta-se suficiente, apenas, a identificação do dolo, desacompanhado de qualquer fim específico (BALTAZAR JR 2015, pos. 35741). Na prática, a autoridade policial, ao flagrar alguém com a droga, se não comprovado que era para consumo, por presunção, entende que se trata de tráfico. Isto é, o flagranteado que prove ser a droga com ele encontrada era destinada para consumo, em evidente maltrato ao princípio da presunção de inocência. ” Tem-se, aqui, fugido à lógica natural, o que não pode ocorrer. Se o indivíduo é flagrado portando uma quantidade de droga, a presunção deve ser no sentido de que é para o consumo pessoal, e não o contrário. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006, somente se a quantidade e natureza da droga, bem como as demais circunstâncias apontarem a mercancia, que o crime de tráfico deverá ser reconhecido. Diante deste contexto, impõe-se a desclassificação do crime descrito na exordial para o de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Malgrado o crime de porte de droga para consumo pessoal enseje a imediata remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por tratar-se de infração de menor potencial ofensivo, deixo de fazê-lo, uma vez que, in casu, ocorrera a prescrição. Passo a explicar. A



prescrição é a limitação temporal imposta por lei para que o jus puniendi estatal possa ser exercido. O referido instituto tem previsão no Código Penal especificamente no artigo 107, inciso IV e vem disciplinado nos artigos 109 e seguintes. Os doutrinadores Heráclito Mossin e Júlio Mossin lecionam que: “o legislador estabeleceu que o Estado, na qualidade de titular exclusivo do ius puniendi in concreto, tem que exercer esse seu poder dentro de determinado lapso temporal. Mantendo-se inerte no âmbito do tempo previamente assinalado, perde ele o seu poder de aplicar a sanção penal àquele que violou o tipo penal”. Singrando mares semelhantes, Rogério Greco conceitua a prescrição como: “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”. Para Guilherme de Souza Nucci: “a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo, pois não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social”. O instituto da prescrição visa assegurar a aplicação e efetivação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, proporcionalidade, duração razoável do processo e dignidade da pessoa humana, visto que compete ao Estado conduzir as investigações e processos criminais de maneira célere e eficaz. Ocorrendo o delito, surge para o Estado a pretensão de punir o agente do fato criminoso. Ocorre que o exercício da referida pretensão deve observar determinado lapso de tempo que varia de acordo com o crime praticado e a pena a ele reservada. Transcorrido esse prazo, que é submetido a interrupções ou suspensões, ocorre a prescrição da pretensão punitiva, tendo como consequência a extinção de todos os efeitos da sentença penal condenatória. Divide-se o instituto da prescrição em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. A primeira modalidade ainda se subdivide em prescrição da pretensão punitiva abstrata, superveniente, retroativa e virtual ou em perspectiva. A prescrição, após o trânsito em julgado para a acusação, pode ser retroativa, intercorrente ou superveniente. A prescrição retroativa é considerada pela corrente doutrinária como uma das espécies/modalidades de prescrição da pretensão punitiva. Sendo assim, Rogério Greco<sup>26</sup> conceitua prescrição retroativa da seguinte maneira: “Diz-se retroativa, atualmente, a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia, até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Por sua vez, acerca da prescrição retroativa, Cezar Roberto Bitencourt<sup>27</sup> afirma que: “A prescrição retroativa é produto de uma construção pretoriana. O Supremo Tribunal Federal, a partir do ano de 1961, editou a Súmula 146, com o seguinte verbete: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação. “Esse entendimento do Supremo fundamentou-se na redação original do art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, que, na ausência de recurso da acusação, impedia que a pena aplicada fosse elevada, devendo servir de base para o cálculo da prescrição. Nesse período, a nossa Corte Suprema passou a admitir que a prescrição incidisse sobre lapso temporal anterior à sentença condenatória”. E segue lecionando<sup>28</sup>: “a prescrição retroativa leva em consideração a pena aplicada, in concreto, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição in abstracto, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito. A prescrição retroativa

(igualmente à intercorrente), como subespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109.” Cumpre ressaltar que a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, se baseia na pena efetivamente cominada na sentença condenatória, tendo por termo inicial o recebimento da denúncia ou queixa. Em outros termos: depois de declarada a pena a ser cumprida, em ato contínuo, verifica-se se houve lapso temporal suficiente para a ocorrência da prescrição retroativa, regredindo a partir da data da publicação da sentença condenatória transitada em julgado até a data do recebimento da denúncia. Danilo Barbosa Sodré da Mota<sup>29</sup> esclarece: “Em se tratando de recursos no processo penal, uma vez prolatada a sentença condenatória, quatro situações distintas podem ocorrer: a) interposição de apelação pelo Ministério Público; b) interposição de apelação por ambas as partes; c) interposição de apelação pela defesa; d) ausência de recurso de apelação. Nas duas primeiras hipóteses, até o julgamento em segundo grau, a pena máxima é utilizada para o cálculo prescricional. Caso seja desprovida a apelação da acusação, a prescrição passa a ser calculada com base na reprimenda fixada, podendo ser declarada, de forma retroativa, entre o recebimento da denúncia e a sentença. Se provido o recurso ministerial, o prazo prescricional pela pena em concreto não retroage, sendo aplicado apenas desse ponto em diante, desde que haja aumento de pena que importe em alteração da faixa prescricional disposta no art. 109 do Código Penal. Todavia, se o recurso do Ministério Público não visar ao aumento da pena ou, ainda, se do apelo não decorrer alteração da faixa de cálculo prescricional, o provimento do pleito da acusação não criará óbice à prescrição retroativa (JESUS, 2010, p. 156-157). Se apenas a defesa apelar, a reprimenda concretizada na sentença será utilizada para calcular o prazo, que poderá ser aplicado retroativamente. Caso o tribunal opere redução da pena, o novo quantitativo será utilizado para o cálculo”. (MOTA, 2022, p. 175) Para a contagem da prescrição, importante ter conhecimento dos marcos interruptivos da prescrição, os quais estão dispostos no art. 117 do Código Penal: Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se: I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II – pela pronúncia; III – pela decisão confirmatória da pronúncia; IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena VI – pela reincidência. § 1º – Excetuosos os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles § 2º – Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção. Feita esta digressão, passo à análise do caso em questão. O art. 30 da Lei 11.343/2006 prevê o prazo prescricional de 02 (dois) anos para o caso de condenação pelo crime de posse de droga para uso pessoal. A denúncia foi recebida em 03/07/2017 (ID 57518789) e a sentença condenatória fora publicada em 12/07/2023. Proferida a sentença, o Ministério Público, apesar de ter sido devidamente intimando, não apresentou recurso, transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação. Desse modo, como do recebimento da denúncia até a data da publicação da sentença condenatória passaram-se mais de 6 (seis) anos, não pairam dúvidas de que a pretensão punitiva estatal foi atingida pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. 4. DA CONCLUSÃO Diante do exposto, voto no sentido de CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Apelação, para o fim de operar a desclassificação da conduta

imputada ao acusado – tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006)– para o crime descrito no art. 28 do mesmo Diploma Legal, declarando, de ofício, a extinção da punibilidade do réu, em decorrência do instituto da prescrição, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal c/ c art. 30, da Lei 11.343/2006.. Salvador, data da assinatura eletrônica. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator GLRG III 238 1Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. 2Idem, p. 1596. 3DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. 4Curso 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). 6Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. 7Direito 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 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 10 SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 11 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 12 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. 13 Avena, Norberto Processo penal / Norberto Avena. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023 14 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3. 15 Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020 16 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. 17 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 18 op.cit. 19 op.cit. 20 op.cit. 21op.cit. 22 Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40–41. 23 “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 (...)” 24 “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).” 25 QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira.

Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23 26GRECO, Rogério. Direito Penal Estruturado / Rogério Greco. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. 27BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120) / Cezar Roberto Bitencourt. – 29. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. (v. 1) ePUB ISBN: 978-65-536-2710-9 (e-book). 28 Op cit. 29 MOTA, Danilo Barbosa Sodré da. A inconsistência lógica da prescrição retroativa. Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 21 – n. 59, jul./dez. 2022. Disponível em:  
Acesso em: 22 fev. 2024