

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000517-52.2018.8.05.0036 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FABRICIO BATISTA DE SOUZA Advogado (s): PAULA STEPHANNY BRANDAO PRADO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL, LEI ANTIDROGAS E ESTATUTO DO DESARMAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES MAJORADO PELO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ARTIGOS 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006, E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003. APELANTE CONDENADO À PENA DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, E 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS-MULTA, EM RELAÇÃO AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, EM REGIME INICIAL FECHADO, SENDO-LHE NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE AS PROVAS TERIAM SIDO OBTIDAS EM NOTÓRIA OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AFASTADA. INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO DEVIDAMENTE EXCEPCIONADA PELO FLAGRANTE DELITO. DISPENSABILIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM CRIMES DE NATUREZA PERMANENTE, SOBRETUDO APÓS CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE FLAGRANTE DELITO NO INTERIOR DO IMÓVEL. CONTROLE A POSTERIORI NA INGERÊNCIA EXCEPCIONAL SOBRE O DOMICÍLIO. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM OS JULGADOS DO STF E STJ. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. ALEGAÇÃO DE INAPTIDÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS PARA A PROMOÇÃO DA DEFESA DO RÉU. REJEITADA. RECORRENTE QUE FOI DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS, O QUAL APRESENTOU RESPOSTA À ACUSAÇÃO E SE ENCONTRAVA PRESENTE NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA EM 25/03/2019, ONDE FORAM OUVIDAS AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO E INTERROGADOS OS RÉUS. EMBORA O REFERIDO PATRONO TENHA RENUNCIADO AO MANDATO CONFERIDO PELO RÉU, O MM. JUIZ A QUO PROCEDEU À NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PARA ATUAR NOS AUTOS. ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS REGULARMENTE, POSSIBILITANDO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA POR PARTE DO RECORRENTE. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA E NULIDADE NÃO CONFIGURADAS. 3. PLEITO ABSOLUTÓRIO EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A CONDENAÇÃO. ACOLHIMENTO. EMBORA COMPROVADA A AUTORIA DELITIVA, A MATERIALIDADE DELITIVA NÃO RESTOU SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. LAUDOS PERICIAIS JUNTADOS AOS AUTOS QUE, EMBORA TENHAM SIDO SUBSCRITOS POR PERITO CRIMINAL OFICIAL DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA TÉCNICA DA POLÍCIA CIVIL, REGISTRARAM A REALIZAÇÃO DE UM EXAME DE MERA CONSTATAÇÃO, SEM TRAZER MAIORES ESPECIFICAÇÕES SOBRE O MATERIAL APREENDIDO, NÃO ATESTANDO EXPRESSA E SEGURAMENTE A PRESENÇA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES TETRAHIDROCANABINOL (MACONHA) E BENZOILMETILECGONINA (COCAÍNA). AUSÊNCIA DE CARÁTER DE DEFINITIVIDADE DOS REFERIDOS EXAMES PERICIAIS. PRECEDENTES DO STJ. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE, PARA ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO REFERENTE AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, NOS TERMOS DO ART. 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMAIS ALEGAÇÕES RELACIONADAS AO REFERIDO DELITO PREJUDICADAS. EXTENSÃO DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA À CORRÉ IONE CRISTINA MARTINS GUIMARÃES, COM FULCRO NO ART. 580 DO CPP. 4. PRETENSÃO DE REANÁLISE DA DOSIMETRIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. 4.1. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. PREJUDICADO. PENA-BASE QUE JÁ FOI APLICADA NO MÍNIMO LEGAL PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. 4.2. PLEITO DE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO

MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE, EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA D, DO CP (CONFISSÃO ESPONTÂNEA). IMPOSSIBILIDADE. EMBORA MANTIDO O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, A REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA ENCONTRA ÔBICE NO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA NA FORMA ESTABELECIDADA PELA SENTENÇA VERGASTADA NOS DE MAIS PONTOS. 5. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ALTERADO PARA O ABERTO, DIANTE DO QUANTUM DE PENA REMANESCENTE, NOS TERMOS DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CP. 6. PLEITO DE CONVERSÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 44, § 2º, DO CP, DIANTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 7. PLEITO DE REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. PREJUDICADO. CONSIDERANDO-SE QUE O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL JÁ FOI ALTERADO PARA O ABERTO, A REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO, NA FORMA DELINEADA NO ART. 387, § 2º, DO CPP, NÃO TRARÁ CONSEQUÊNCIAS PARA O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA AO APELANTE. 8. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. 9. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO DO APELANTE DE RECORRER EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. DIANTE DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, DEVE O APELANTE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO, SE NÃO ESTIVER PRESO POR OUTRO MOTIVO. CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS EM FAVOR DO RECORRENTE. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINARES DE NULIDADE AFASTADAS E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO, PARA ABSOLVER O APELANTE EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, CONCEDENDO-SE ORDEM DE HABEAS CORPUS EM FAVOR DESTES, DETERMINANDO-SE, AINDA, A EXTENSÃO DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA EM FAVOR DA CORRÉ IONE CRISTINA MARTINS GUIMARÃES. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Apelação Criminal nº. 0000517-52.2018.8.05.0036, oriundos da Vara Crime da Comarca de Caetité, que tem como Apelante Fabrício Batista de Souza e, como Apelado, o Ministério Público. Acordam os Desembargadores componentes da 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em afastar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, conhecer e dar provimento parcial ao Apelo, de acordo com o voto do Relator. JUIZ CONVOCADO PAULO SÉRGIO BARBOSA DE OLIVEIRA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Março de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000517-52.2018.8.05.0036 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FABRICIO BATISTA DE SOUZA Advogado (s): PAULA STEPHANNY BRANDAO PRADO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuida-se de Apelação interposta por Fabrício Batista de Souza contra a r. Sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Caetité, o qual julgou procedente em parte a Denúncia (id. 22704125, fls. 02/04) para condenar o Recorrente pela prática dos delitos capitulados nos artigos 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003. Narrou o ilustre representante do Parquet em sua preambular acusatória que, em 10/07/2018, por volta das

17:30h, na Avenida Alves Brito, nº 13, e na Rua Antônio Ouro, Bairro Prisco Viana, no Município de Caetité, o Apelante, juntamente com os Codenunciados Ione Cristina Martins e Eduardo da Silva Fogaça, associaram-se com o adolescente Rafael Santana Santos para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico de drogas, tendo todos sido encontrados, no dia dos fatos, na posse de 10 (dez) porções de maconha, 02 (duas) pedras de crack, 01 (uma) pedra de cocaína, 01 (uma) porção de cocaína, 01 (uma) balança de precisão, várias embalagens plásticas para embalar drogas, além da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais), sendo que o Apelante foi encontrado, ainda, na posse de 01 (um) revólver, calibre 38, marca Amadeo Rossi, com numeração suprimida, e 06 (seis) cartuchos intactos. Relatou que, no dia dos fatos, policiais militares, após receberem denúncias anônimas no sentido de que na residência do adolescente Rafael Santana havia intenso tráfico de drogas, dirigiram-se à localidade informada, e, com a autorização da genitora do menor, adentraram na residência e encontraram, em seu interior, certa quantidade de cocaína dentro de um saco plástico escondido dentro de um buraco na parede. Foram encontrados, ainda, em um lote vago ao lado da casa, uma balança de precisão e 09 (nove) porções de maconha, prontas para serem comercializadas, além de sacos plásticos utilizados para embalar droga. Em seguida, o adolescente Rafael Santana informou que na residência do Apelante haveria mais drogas, tendo os policiais militares se deslocado ao referido local, oportunidade em que encontraram o Apelante e a Codenunciada Ione Cristina, além de uma porção de maconha dentro de uma sacola plástica, cocaína e duas pedras de crack escondidas no interior da geladeira da casa. Foi encontrado, ainda, em poder do Apelante, um revólver calibre 38, marca Amadeo Rossi, com numeração suprimida, e seis cartuchos intactos. Noticiou que os Denunciados estão associados para a prática do crime de tráfico de drogas no Município de Caetité, sendo que o Denunciado Eduardo da Silva, preso à época por tráfico, arregimentou o adolescente Rafael Santana, irmão da sua namorada, para receber a droga, escondê-la e, além de repassá-la para outros comparsas, comercializá-la diretamente com os usuários. Acrescentou que o Apelante e a Denunciada Ione Cristina também mantinham vínculos com o adolescente Rafael Santana, pois, além de esconderem a droga na residência, também participavam de sua comercialização. O Ministério Público requereu, assim, a condenação dos Réus Ione Cristina Martins Guimarães e Eduardo da Silva Fogaça nas penas dos artigos 33 e 35, c/c art. 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006, e a condenação do Réu Fabrício Batista de Souza nas penas dos artigos 33 e 35, c/c art. 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003. Ultimada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais pelas partes envolvidas, sobreveio a sentença de id. 22704423, por meio da qual o Recorrente foi absolvido em relação à imputação pela prática do delito de associação para o tráfico, tendo sido condenado pela prática dos delitos previstos nos artigos 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, à pena de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, e 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, em regime inicial fechado, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. O Codenunciado Eduardo da Silva Fogaça foi absolvido de todas as imputações e a Codenunciada Ione Cristina Martins Guimarães foi absolvida em relação à imputação pela prática do delito de

associação para o tráfico, tendo sido condenada pela prática do delito previsto nos artigos 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006, a uma pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade. Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso (id. 22704442), suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo, sob a alegação de que não haveria provas válidas para a sua condenação, aduzindo que estas teriam sido obtidas mediante invasão de domicílio sem o devido mandado judicial, em notória ofensa ao disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Requereu, ainda, preliminarmente, a declaração da nulidade do processo por deficiência de defesa técnica, aduzindo que, em razão de o patrono anteriormente constituído ter renunciado ao mandato, as alegações finais foram apresentadas por defensor dativo, por meio de petição sucinta, fato este que causou prejuízo à defesa do Recorrente. No mérito, pleiteou, em relação ao crime de tráfico de drogas, a absolvição por insuficiência de provas, sob o fundamento de que inexistiria prova robusta capaz de proporcionar juízo de certeza quanto à autoria e materialidade delitivas, aduzindo que não teria sido realizado exame pericial definitivo imprescindível à comprovação da existência da droga, sendo o caso de aplicação do princípio do in dubio pro reo. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 para o delito insculpido no art. 28 da referida lei, sob o argumento de que a pequena quantidade da droga apreendida evidenciaria a posse para uso próprio. Pugnou pela reanálise da dosimetria, para que a pena-base seja reduzida para o mínimo legal, bem como para que seja afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, sob o fundamento de que não teria sido comprovada qualquer relação do Apelante com o adolescente Rafael Santana, requerendo, ainda, que seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), diante da inexistência de condenação transitada em julgado em desfavor do Apelante, além da substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos. Em relação ao crime previsto no art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, requereu a redução da pena-base para o mínimo legal, bem como a aplicação da circunstância atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP (confissão espontânea), com a observância da Súmula nº 545 do STJ. Por fim, requereu a realização da detração penal, com a consequente alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como o reconhecimento do direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade, diante da desnecessidade de manutenção da segregação cautelar do Apelante. Prequestionou, para fins de eventual interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, a contrariedade da sentença recorrida aos seguintes dispositivos: art. 5º, incisos XI, LV, LIV e LVII, da Constituição Federal; artigos 33, art. 40, art. 50-A, todos da Lei nº 11.343/06; art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03; artigos 59, art. 65, inciso III, e art. 69, todos do Código Penal; artigos 157, § 1º, e art. 386, incisos II, VI e VII, ambos do Código de Processo Penal. Em Contrarrazões (id. 22704449), o Órgão Ministerial pugnou pelo improvimento do recurso. Os autos subiram a esta Superior Instância, colhendo-se o Parecer da douta Procuradoria de Justiça (id. 23809297), pelo conhecimento e improvimento do Apelo. Elaborado o presente relatório, submeto o exame dos Autos ao eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada

no sistema no momento da prática do ato). Juiz Convocado Paulo Sérgio Barbosa de Oliveira Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000517-52.2018.8.05.0036 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FABRICIO BATISTA DE SOUZA Advogado (s): PAULA STEPHANNY BRANDAO PRADO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO

"Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço da Apelação interposta e passo à análise das preliminares suscitadas pela defesa. 1. Da preliminar de nulidade do processo por violação ao direito de inviolabilidade do domicílio O Apelante suscitou, preliminarmente, a nulidade do processo, sob a alegação de que não haveria provas válidas para a sua condenação, aduzindo que estas teriam sido obtidas mediante invasão do seu domicílio sem o devido mandado judicial, em notória ofensa ao disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. A referida pretensão não merece prosperar. Não se olvida que a busca e apreensão mereceu especial atenção do legislador, conforme destacado art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, garantindo, assim, a todo indivíduo a inviolabilidade do seu domicílio. Ocorre, contudo, que o mesmo artigo constitucional, erigido entre os direitos fundamentais, excepciona a inviolabilidade do domicílio, em caso de flagrante delito, in verbis: Art. 5º (...) XI – 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; Acerca desse assunto, perfilha este Relator do entendimento de que a busca domiciliar prescinde de mandado judicial, em casos como o vertente, em que se apura a prática de tráfico ilícito de entorpecentes – crime permanente, cujo estado de flagrância se protraí no tempo. Comentando o art. 241 do Código de Processo Penal, que rege o procedimento da busca e apreensão, o ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, pontua, com maestria, que: "(...)é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar na casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso do tráfico de entorpecentes, na modalidade "ter em depósito" ou "trazer consigo", pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível."( Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, fls. 560). Deste mesmo entendimento, não destoa o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme recente julgado: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE NÃO VERIFICADA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) III – O entendimento dominante acerca do tema nesta Corte é no sentido de que "é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência" ( AgRg no REsp n. 1.637.287/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/05/2017).(...) Habeas corpus não conhecido. Ordem de ofício, a fim de, tão somente, fixar a pena da paciente em 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias–multa para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, mantido os demais termos da condenação.

( HC 506.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019, STJ) – Grifos do Relator Sobre o tema, inclusive, não é despidiêdo destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou tese, aprimorando a interpretação, em decisão do Plenário, na data de 05/11/2015, fortalecendo o controle a posteriori na ingerência excepcional sobre o domicílio: “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”( RE 603.616, Relator Ministro Gilmar Mendes) – Grifos do Relator Antes da referida decisão, a interpretação era de permitir a exceção à inviolabilidade do domicílio quando ocorria um crime permanente, permitindo ingresso de agentes policiais independentemente de determinação judicial, sem se cogitar da análise posterior das fundadas razões que levaram ao ingresso de forças policiais na residência onde estaria sendo cometido o delito ( RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso; RHC 117.159, Rel. Min. Luiz Fux). Não se olvide que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão proferido na data de 15/03/2021, no bojo do HC nº 598.051/SP, determinou a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado em domicílio, por entender que, no caso analisado, não existiam fundadas razões que justificassem a invasão no domicílio do suspeito, estabelecendo, ainda, o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da mencionada decisão, nos seguintes termos: “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.ORDEN CONCEDIDA.(...) 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, conseqüentemente, 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 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021) – Grifos do Relator Por outro lado, o Pretório Excelso, por meio de decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, no bojo do RE nº 1342077, anulou em parte o Acórdão proferido pelo STJ nos Autos do HC nº 598.051/SP, desobrigando os órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação de implementar as medidas determinadas no referido julgado, senão veja-se: “(...) Na presente hipótese, apesar de ter alegado que “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”, o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, pois criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir 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”. Assim atuando, o Superior Tribunal de Justiça tornou conflituosa a relação entre o juiz e o legislador e desrespeitou, no exercício da interpretação, uma importante expressão restritiva do poder dos juízes enunciada pelo JUSTICE HOLMES, em 1917: “os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas se nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas”(Southern Pacific Co. v. Jensen, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917). Incabível, portanto, na presente hipótese e em sede de habeas corpus individual, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo o aparelhamento de suas polícias, assim como o treinamento de seu efetivo e a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em que pese inexistir tais requisitos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa SUPREMA CORTE. Diante de todo o exposto, em face do decidido no Tema 280 de Repercussão Geral, CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO E ANULAR O ACÓRDÃO RECORRIDO tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de

documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação (itens 7,1, 7.2, 8, 12, e 13 da Ementa); MANTENDO, entretanto, a CONCESSÃO DA ORDEM para absolver o paciente, em virtude da anulação das provas decorrentes do ingresso desautorizado em seu domicílio. Nos termos dos artigos 21, XVIII, e 323, § 3º, do Regimento Interno do STF c/c o art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, DEFIRO O PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE requerido pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul no presente recurso. Ciência à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Intime-se. Brasília, 02 de dezembro de 2021. Ministro Alexandre de Moraes Relator Documento assinado digitalmente ( RE 1342077, Rel: Ministro Alexandre de Moraes, DJ: 02/12/2021, DP: 06/12/2021, STF) – Grifos do Relator Ressalte-se que o próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos posteriores, reconheceu como válido o ingresso em domicílio nas hipóteses de crime permanente, ainda que sem mandado judicial, desde que presentes fundadas razões que justifiquem a medida, salientando que o entendimento adotado no julgamento do HC nº 598.051/SP não autoriza a cassação das decisões que reconhecem a legalidade da prisão nesses casos, devendo as alegações de ilegalidade serem analisadas caso a caso. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. PRESENÇA DE FUNDADAS RAZÕES DIANTE DO CONTEXTO FÁTICO. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. A DESPEITO DOS PRECEITOS ATINENTES À REGRA DE INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO, A REGULARIDADE DO FLAGRANTE HÁ DE SER ANALISADA CASO A CASO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA VIA ELEITA, PARA DESCONSTITUIR AS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES, RELATIVAMENTE A FATOS E PROVAS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade. III – No que concerne à alegação acerca da ocorrência de violação de domicílio, cumpre consignar que em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo que se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Vale dizer, em outras palavras, que o estado flagrancial do delito de tráfico de droga consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade no fato de os policiais terem adentrado na residência do Agravante, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses. IV – No caso concreto, a fundada suspeita dos policiais reside no fato de que havia prévia denúncia anônima sobre a suposta traficância desenvolvida por "um rapaz conhecido como" "Léo", confirmada pelos agentes públicos, que, com a autorização de morador para



ingresso na residência, puderam constatar a existência de elementos a corroborar a suposta mercancia ilícita de substância entorpecente, porquanto foram apreendidos em poder do ora Agravante "01 tijolo de cocaína (305 gramas), 01 tijolo de maconha (645 gramas) e 419 microtubos de cocaína (490 gramas), além de um revólver Taurus calibre 32 (fls. 46/47)". Nestes termos, não há, mesmo, que falar em invasão de domicílio pelos policiais, porque uma mulher identificada como tia do Agravante consentiu expressamente com o ingresso dos agentes públicos na residência. Nesse sentido, consignou o eg. Tribunal de origem, à fl. 39, que "Às fls. 34, consta termo firmado por Marta Elisabete Pereira, tia do Paciente, declarando ter autorizado a entrada dos Policiais na residência". V – Dessarte, não há que se cogitar, a priori, pela ausência de justa causa, não se configurando, no ponto, flagrante ilegalidade a ser sanada. Outrossim, a ocorrência do crime permanente foi confirmada no momento da atuação policial, mediante a apreensão da droga, não havendo que se falar em ausência de situação de flagrante. Assim não verifico, na hipótese, a ocorrência de constrangimento ilegal a ser sanado; porquanto analisando, in concreto, a questão aventada pelo ora Agravante, em contraste com a composição do eg. Tribunal a quo, não se observa, in casu, a existência de teratologia. VI – Não obstante o julgamento do HC n. 598.051/SP, em 2/3/2021, pela Sexta Turma desta eg. Corte Superior, tem-se que não se trata de salvoconduto para, atendendo aos anseios do Paciente, cassar decisões das instâncias ordinárias, que reconheceram a legalidade da prisão, diante da ocorrência de crime permanente e de fundadas razões para o ingresso, pelo que deve ser analisada, caso a caso, a ilegalidade levantada sob esse contexto fático. VII – Ademais, não constatada nenhuma flagrante ilegalidade, de plano, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal. VIII – E assente nesta Corte Superior que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. Precedentes. Agravo regimental desprovido. ( AgRg no HC 691.609/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 25/11/2021, STJ) – Grifos do Relator In casu, entendo que não houve qualquer nulidade por colheita ilícita de provas e violação do domicílio na diligência que culminou com a prisão do Apelante. Ao revés, o ingresso na residência onde ocorreu o flagrante deu-se de forma legal, porquanto derivou, não apenas de uma atitude suspeita do Apelante, que, ao ser cercado por policiais militares, apareceu na janela da referida residência portando um revólver calibre 38, como também da existência de indícios de que o Apelante era envolvido na prática da mercancia, diante de informações obtidas pelo adolescente Rafael Santana, no sentido de que havia mais drogas na mencionada casa e de que o Apelante era o responsável por trazer a droga e redistribuí-la aos vendedores. Verifica-se, portanto, da análise dos Autos (depoimentos de fls. 08/10 do id. 22704125 e arquivo de mídia audiovisual de ids. 22704137 e seguintes), que os policiais militares foram unânimes em seus depoimentos, informando, ao serem ouvidos na fase policial, que, no dia dos fatos, após terem recebido denúncias anônimas no sentido de que estava ocorrendo intenso tráfico de drogas na residência do adolescente Rafael Santana Santos,

dirigiram-se ao local informado e, após a autorização da genitora do menor, adentraram na referida residência, oportunidade em que encontraram, em seu interior, uma quantidade de cocaína. Afirmaram, ainda, que encontraram, em um lote vago ao lado da casa, várias porções de maconha, uma balança de precisão e embalagens para acondicionamento da droga. Aduziram, também, que o menor informou que havia mais drogas na residência do Apelante, tendo os policiais militares se deslocado ao referido local, oportunidade em que encontraram o Apelante e a Codenunciada Ione Cristina, bem como uma quantidade de maconha, cocaína e crack dentro da geladeira, além de um revólver calibre 38, marca Amadeo Rossi, com numeração suprimida, e seis cartuchos intactos. Os policiais militares, ao serem ouvidos em Juízo, confirmaram os depoimentos anteriormente prestados, acrescentando que, ao chegarem na residência onde o Apelante se encontrava, efetuarem o cerco, momento em que o Recorrente apareceu na janela portando um revólver calibre 38, salientando, ainda, que visualizaram o momento em que este dispensou o referido artefato em um coqueiro, o qual foi posteriormente apreendido. O policial Nilton Lopes Santana aduziu em Juízo, inclusive, que o adolescente Rafael, no momento da apreensão, afirmou que o Apelante era o responsável por trazer a droga e redistribuí-la aos vendedores. Nessa linha intelectual, verifica-se a existência de fundadas razões para o ingresso dos policiais na residência onde ocorreu o flagrante sem prévio mandado judicial, consubstanciadas nas informações do adolescente Rafael Santana, no sentido de que havia mais drogas na referida residência, bem como de que o Apelante seria o responsável por trazer a droga e redistribuí-la aos vendedores, aliadas ao fato de o Apelante ter aparecido na janela da residência, no momento em que foi efetuado o cerco policial, portando um revólver e dispensando-o, logo em seguida. Em situações semelhantes, a Egrégia Corte Superior de Justiça decidiu pela validade da prova decorrente do ingresso em domicílio sem prévia ordem judicial, senão veja-se: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DAS PROVAS, OBTIDAS MEDIANTE INGRESSO FORÇADO QUE NÃO OBSERVOU AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE E DEMONSTRAÇÃO DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DA POLÍCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I – O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4.º, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, e ainda, dar ou negar provimento nas hipóteses em que houve entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria debatida no recurso, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade. II – O entendimento dominante acerca do tema nesta Corte, no sentido de que “é dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência.” ( AgRg no REsp n. 1.637.287/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/05/2017). III – No caso dos autos, consoante consignado pelo eg. Tribunal de origem, os milicianos, ao realizarem patrulhamento de rotina, visualizaram o ora paciente em atitude suspeita,

portando arma fogo. Ao perceber a aproximação da viatura, o acusado evadiu-se para o interior do seu domicílio onde jogou a arma de fogo. IV – Ato contínuo, os agentes foram em busca do paciente e da arma, cuja dispensa visualizaram previamente, tendo encontrado ainda grande quantidade e variedade de drogas (fl. 290), eventos por si só suficientes para configurar as "fundadas razões" para se concluir que havia flagrante delito em andamento, bem como a autorizar o ingresso em domicílio sem autorização judicial ou consentimento. Nesse compasso, compreende-se igualmente que não há nulidade nas provas obtidas em decorrência da situação de flagrância. Precedentes. Agravo regimental desprovido. ( AgRg no HC 701.218/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 16/12/2021) – Grifos do Relator Assim, ao ingressarem na referida residência, os policiais militares confirmaram, de fato, os indícios da prática do crime permanente de tráfico de drogas, configurando o flagrante delito e, portanto, a exceção ao princípio insculpido no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Diante de tais considerações, atesta-se a excepcionalidade da inviolabilidade domiciliar e, logo, a licitude da obtenção de provas, devendo, assim, ser afastada a preliminar suscitada. 2. Da preliminar de nulidade do processo por ausência de defesa técnica O Apelante suscitou, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência de defesa técnica, aduzindo que, em razão de o patrono anteriormente constituído ter renunciado ao mandato, as alegações finais foram apresentadas por defensor dativo, por meio de petição sucinta, fato este que causou prejuízo à defesa do Recorrente. Da análise detida dos Autos, contudo, verifico que não merece guarida o pleito defensivo. In casu, verifica-se que, embora o patrono anterior tenha renunciado ao mandato constituído pelo Réu (fls. 25 do id. 22704131), constato que não restou demonstrada, de forma concreta, a eventual existência de prejuízo para a defesa do citado Apelante. Com efeito, o Recorrente foi devidamente assistido por advogado constituído nos autos, o qual apresentou a resposta à acusação (fls. 11/13 do id. 22704130) e se encontrava presente na audiência de instrução realizada em 25/03/2019, onde foram interrogados os Réus e ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação (fls. 29 do id. 22704130). Ademais, verifica-se que o Recorrente, embora devidamente intimado para constituir novo patrono, ficou-se inerte, motivo pelo qual o MM. Juiz a quo procedeu à nomeação de defensor dativo para atuar nos Autos (fls. 136), na forma do quanto estabelecido pelo art. 266, caput, do CPP, tendo restado assegurada plenamente a defesa técnica do Apelante. Por outro lado, a análise detida do feito não evidencia a existência de qualquer prejuízo para a defesa decorrente da renúncia do antigo patrono, sobretudo porque as alegações finais foram apresentadas regularmente pelo defensor dativo nomeado, de acordo com a autonomia conferida ao exercício da advocacia, não se podendo qualificar como defeituoso o trabalho por este realizado, tendo restado assegurado o exercício da ampla defesa por parte do Recorrente. Entender-se de forma diversa, declarando-se a nulidade nesta fase processual, seria acarretar prejuízo desnecessário para a máquina estatal. No processo penal, só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, conforme reza o art. 563 do CPP, que materializa a máxima francesa *pas de nullité sans grief*. Acerca do tema, vale transcrever a doutrina abaixo: "anular o ato que atingiu o fim colimado pela lei, só pelo motivo dele não ter obedecido o texto da mesma lei, e mandar que seu autor pratique de novo o ato, de acordo com o dito texto, para novamente conseguir o fim que já tinha conseguido, é tão insensato e anti-econômico, como mandar o oficial, que o

inferior, seu subalterno, faça de novo, por via férrea, a viagem, que fizera de automóvel, para chegar novamente ao mesmo ponto que atingira pela estrada de rodagem e cumprir novamente a mesma missão que já tinha cumprido. (...) A sanção de nulidade só tem aplicação quando, com a violação do texto da lei processual, se viola também o espírito do texto legal, isto é, quando ocorre violação de fundo, quando o fim colimado pelo texto legal não é conseguido, quando ocorre prejuízo para uma ou outra das partes, para o Direito, para a Justiça.(...)" (Borges da Rosa, Nulidades do Processo, pg. 143-150) Assim sendo, por não ter sido comprovada a ausência de defesa técnica arguida pelo Recorrente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada. Inexistindo outras questões preliminares, passa-se ao exame do mérito recursal.

3. Do cabimento da pretensão absolutória em relação ao delito de tráfico de entorpecentes

O Recorrente fustiga inicialmente o decreto condenatório, sob o fundamento de que não teriam sido reunidas provas suficientes da autoria e materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, pugnando pela sua absolvição. Verifica-se, após a análise das provas coligidas aos Autos, não ser possível concluir pela incursão do ora Recorrente na conduta típica prevista no artigo 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006. Com efeito, embora a autoria delitiva tenha restado demonstrada nos Autos, diante do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 19 do id. 22704125) e dos depoimentos testemunhais colhidos em ambas as fases da persecução penal (fls. 08/10 do id. 22704125 e arquivo de mídia audiovisual de ids. 22704137 e seguintes), a materialidade delitiva não restou comprovada de forma incontestada pelo arcabouço probatório. Consoante consta dos Autos, no dia dos fatos, o Apelante, juntamente com a Codenunciada Ione Cristina Martins e o adolescente Rafael Santana Santos, foram encontrados na posse de 10 (dez) porções de substância semelhante à maconha, 02 (duas) pedras de substância semelhante a crack, 01 (uma) pedra de substância semelhante a cocaína, 01 (uma) porção de substância semelhante a cocaína, 01 (uma) balança de precisão, várias embalagens plásticas para embalar drogas, além da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais), sendo que o Apelante foi encontrado, ainda, na posse de 01 (um) revólver, calibre 38, marca Amadeo Rossi, com numeração suprimida, e 06 (seis) cartuchos intactos. Embora tenha o Apelante tentado se eximir de sua responsabilidade, aduzindo que o material apreendido não seria de sua propriedade, tal argumento não deve prevalecer, pois em dissonância com as demais provas coligidas nos Autos. Os Policiais Militares responsáveis pelo flagrante, ao serem ouvidos na fase policial, afirmaram que, no dia dos fatos, após terem recebido denúncias anônimas no sentido de que estava ocorrendo intenso tráfico de drogas na residência do adolescente Rafael Santana Santos, dirigiram-se ao local informado e, após a autorização da genitora do menor, adentraram na referida residência, oportunidade em que encontraram, em seu interior, uma quantidade de cocaína. Afirmaram, ainda, que encontraram, em um lote vago ao lado da casa, várias porções de maconha, uma balança de precisão e embalagens para acondicionamento da droga. Aduziram, também, que o menor informou que havia mais drogas na residência do Apelante, tendo os policiais militares se deslocado ao referido local, oportunidade em que encontraram o Apelante e a Codenunciada Ione Cristina, além de uma quantidade de maconha, cocaína e crack dentro da geladeira. Foi encontrado, ainda, em poder do Apelante, um revólver calibre 38, marca Amadeo Rossi, com numeração suprimida, e seis cartuchos intactos. Os policiais militares, ao serem ouvidos em Juízo, confirmaram os depoimentos anteriormente prestados, aduzindo que o Apelante já era conhecido no meio

policial pela prática da mercancia, tendo o policial Nilton Lopes Santana afirmado, inclusive, que o adolescente Rafael, no momento da apreensão, afirmou que o Apelante era o responsável por trazer a droga e redistribuí-la aos vendedores, sendo os respectivos depoimentos coerentes, não tendo havido nenhuma contradição a ensejar qualquer dúvida acerca de sua veracidade, senão veja-se: Depoimento da testemunha Elan Carlos da Silva Coutrim (SD/PM) em Juízo (consoante arquivo de mídia audiovisual anexado aos Autos – id. 22704148, id. 22704149, id. 22704150, id. 22704151, id. 22704152 e id. 22704153): “(...) Que já tinham recebido algumas vezes informações no sentido de que Rafael estaria traficando no Bairro Nossa Senhora da Paz; que, no dia dos fatos, receberam uma ligação referente a esta prática; que se deslocaram até o local e encontraram Rafael dentro de um carro em frente à residência; que foi realizada a abordagem e a mãe de Rafael estava ao lado dele; que, com a autorização da mãe de Rafael, adentraram na residência; que, dentro de um bloco situado em uma parede no fundo da residência, encontraram uma quantidade de cocaína; que, em um terreno que fica ao lado da casa, dentro de um bloco, encontraram uma sacola contendo, em seu interior, uma balança de precisão e o restante da droga; que, ao ser questionado, Rafael disse que tinha adquirido o material apreendido nas mãos de uma mulher e que os levaria até a casa dela; que deslocaram-se com Rafael até a casa de Ione; que, chegando lá, fizeram um cerco na casa; que, nesse momento, Fabrício, o esposo de Ione, subiu em cima de uma laje, onde tem uma caixa d'água, e de lá dispensou um revólver, tentando jogá-lo em cima de um pé de coqueiro; que, como a casa estava cercada, Fabrício não teve como pular para o lado de fora; que Fabrício pulou novamente para o lado de dentro; que foi dada ordem para abrir a porta da frente; que não se recorda se quem abriu a porta foi Ione ou o irmão dela; que deram a ordem para Fabrício deitar; que fizeram a revista na residência e encontraram, dentro da geladeira, na parte abaixo do congelador, dentro de uma vasilha plástica, uma quantidade de maconha, cocaína e crack; que, na posse ao lado, que é interligada à casa, havia vários buracos com o cheiro muito característico de maconha, mas não conseguiram encontrar mais nada nesse local; que, no caminho para a casa de Ione, Rafael falou o nome dela; que Rafael não citou o nome de Fabrício, mas disse que pegou a droga com Ione e o marido; que Rafael falou que tinha pego aproximadamente um quilo e que na residência do casal teria ficado mais; que, através de denúncias anônimas, a polícia tinha conhecimento de que Rafael já estava traficando há bastante tempo; que também já tinham abordado indivíduos com pequenas porções que indicavam que tinham comprado droga nas mãos de Rafael; (...) que os réus não confirmaram o seu envolvimento com Rafael; que eles não falaram nada; que eles também não informaram se a droga apreendida na residência deles era para uso ou para venda; que a polícia tinha informações sobre o envolvimento de Fabrício e Ione no tráfico de drogas; que já estavam procurando eles há bastante tempo na cidade; que as informações eram no sentido de que Fabrício trazia a droga para a cidade e Ione distribuía para o pessoal revender; que Ione repassava e revendia a droga; que a arma dispensada por Fabrício foi apreendida; que, salvo engano, a numeração da arma não era suprimida; que não se recorda bem; que a arma estava municiada; que a informação que tinham era de que Fabrício pertencia a uma facção de Jequié, mas frequentava a região de Caetité e Caculé; que não tinham informação de onde vinha a droga trazida por Fabrício; que Fabrício era muito procurado em Jequié; que ele tinha o apelido de “Sete Vidas”; que, pelas informações recebidas, Fabrício teria a função de executar

inimigos ou indivíduos que traíssem a facção; (...)” – Grifos do Relator Depoimento da testemunha Nilton Lopes Santana (SD/PM) em Juízo (consoante arquivo de mídia audiovisual anexado aos Autos – id.22704137, id. 22704138 e id. 22704139): “(...) Que, no dia dos fatos, chegaram na casa do menor através de denúncias anônimas e lá encontraram uma quantidade de entorpecentes; que o menor falou que estava adquirindo drogas em mãos de uma mulher; que o menor levou a guarnição até essa casa; que, chegando na casa, encontraram Ione e Fabrício; que também encontraram droga nessa segunda casa; que o colega encontrou a droga na geladeira; que nessa casa encontraram maconha e crack; que acha que a cocaína foi encontrada na casa do menor Rafael; que acredita que com Rafael encontraram também balança de precisão e embalagem para acondicionamento; que, no momento em que fizeram o cerco na casa, Fabrício apareceu pela janela e subiu e na caixa d'água com uma arma em punho; que, quando Fabrício viu que estava cercado, ele se desfez da arma e tentou jogá-la no pé de coco; que a arma acabou caindo e conseguiram encontrá-la; que a arma estava municiada e apresentava numeração suprimida; que, segundo o menor, Fabrício trazia a droga e a redistribuía para os vendedores; (...) que Ione e Fabrício já eram conhecidos no meio policial pelo envolvimento com o tráfico; que Fabrício é de Jequié e atuava no tráfico não apenas em Caetité, mas em toda a região;” – Grifos do Relator Depoimento da testemunha José Henrique Costa Alves Boa Sorte (SD/PM) em Juízo (consoante arquivo de mídia audiovisual anexado aos Autos – id.22704140, id. 22704141, id. 22704142 e id. 22704143): “(...) Que participou da diligência que culminou na prisão dos réus; que, no dia dos fatos, através de denúncias referentes ao adolescente, chegaram ao local narrado na denúncia; que pediram permissão à mãe do adolescente para entrar na casa; que encontrou um saco de cocaína dentro de um bloco; que encontraram dentro do lote a mercadoria; que chamaram a mãe do adolescente para mostrar; que o adolescente depois falou que o material apreendido não era dele, mas sim de Ione; que o adolescente falou que tinha pegado o material com Ione para revender; que dirigiram-se à residência de Ione e encontraram o restante do material apreendido; que a polícia já tinha informações de que o adolescente Rafael estava envolvido com o tráfico de drogas; que a denúncia anônima se referia a Rafael; que a denúncia anônima informava que Rafael estava traficando; que Rafael não falou no nome de Fabrício; que, para o depoente, Rafael falou apenas o nome de Ione; que, ao chegarem na casa de Ione, Fabrício apareceu na janela com uma arma na mão; que Fabrício correu e a guarnição fez o cerco; que Fabrício jogou para cima uma porção de droga e o revólver 38; que conseguiram pegar a arma; que deram andamento às buscas; que o local estava cheio de buracos para guardar drogas; que encontraram a droga na geladeira da casa; que Ione já é conhecida no meio policial pelo envolvimento com o tráfico de drogas; que Fabrício também é conhecido no meio policial pelo envolvimento com homicídios e por integrar facção criminosa; que não tem nenhuma informação acerca de Eduardo; (...)” – Grifos do Relator De outro giro, conforme amplamente confirmado por esta Corte, os depoimentos dos policiais que acompanharam a prisão são plenamente válidos, não se podendo atacar tais declarações pelo simples fato de possuírem esta qualidade. Este é o entendimento pacífico também no STJ, senão vejamos: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚM. N. 7/STJ. (...) II – Segundo entendimento reiterado desta Corte, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito

condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. (ut, HC 408.808/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/10/2017)

III – Agravo regimental a que se nega provimento. ( AgRg no AREsp 1237143/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018, STJ) – Grifos do Relator

Ressalte-se que os Réus, embora tenham negado a prática delitiva em Juízo, não trouxeram nenhum elemento que corroborasse as suas assertivas, encontrando-se estas dissociadas dos demais elementos de prova trazidos aos Autos, a exemplo dos depoimentos testemunhais, do Autos de Exibição e Apreensão (fls. 19 do id. 22704125), senão veja-se: Interrogatório do Apelante Fabrício Batista de Souza em Juízo (consoante arquivo de mídia audiovisual anexado aos Autos – id.22704385, id. 22704407, id. 22704418 e id. 22704419):

“(…) Que a única coisa que estava na sua posse foi a arma; que só tinha a arma na casa; que não tinha autorização para possuir a arma; (...) que não se lembra onde comprou a arma; que não tinha droga nenhuma dentro da casa; que, quando os policiais chegaram, eles já estavam com Rafael na viatura; que a única droga que foi encontrada estava com Rafael; que acha que foi encontrada uma quantidade de maconha para uso; que não é usuário; que Ione é usuária; que era namorado de Ione; que não morava na casa de Ione; que morava em Conquista; que estava na casa de Ione visitando; que, quando vinha para a cidade, ficava hospedado na casa de Ione; que não vinha com muita frequência, pois tem pouco tempo que tinham se conhecido; que estava na casa de Ione há cerca de dois dias antes dos fatos; que em Conquista trabalhava com gesso; que não tinha residência fixa; que morava próximo à Rodoviária; que é natural de Jequié; que já foi processado pela prática de homicídio e receptação; que nunca foi acusado de tráfico de drogas; que já chegou a ser preso em Jequié; que ficou preso por seis meses; que foi absolvido pelo homicídio; que respondeu ao crime de receptação em Planalto; que não é integrante da facção “Tudo 3”; que não disse na Delegacia que os integrantes da facção “Tudo 2” queriam lhe matar; que não foi coagido na Delegacia; que deu o depoimento de livre espontânea vontade;(…)”

Interrogatório da Corré Ione Cristina Martins Guimarães em Juízo (consoante arquivo de mídia audiovisual anexado aos Autos – id.22704164, id. 22704243, id. 22704290, id. 22704342, id. 22704365 e id. 22704377): “(…) Que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; que, no dia dos fatos, estava na sua casa juntamente com o seu irmão, Paulo Sérgio, Fabrício e sua filha de três anos, quando os policiais invadiram; que realmente é usuária de maconha; que na sua casa só foi encontrada uma porção de maconha dentro de uma embalagem de brinquedo de criança; que, quando os policiais deram voz, ficou com medo e colocou a maconha dentro da geladeira; que não viu os policiais encontrarem cocaína e crack dentro da residência; que os policiais invadiram e Fabrício veio de dentro de casa com a mão na cabeça e o policial já veio com uma arma; que não sabia dessa arma; que, se soubesse, não aceitaria por causa de sua filha; que não sabia que Fabrício tinha arma; que os policiais a deixaram juntamente com o seu irmão no portão de casa; que foram encaminhados para Guanambi, onde os policiais pegaram uma parte da droga encontrada na casa do menor e disseram que foi encontrada na sua casa; que toda a droga foi encontrada na casa do menor; que não tem vínculo nenhum com o menor, apenas o conhece por ele morar acima da casa do seu irmão; que já viu o menor na casa do seu irmão; que não sabia que Fabrício traficava droga; que estava namorando Fabrício há cerca de três meses; que só veio a saber

o nome dele quando foram presos; que o conhecia como "Binho"; (...) que comprava a droga com o dinheiro que sua mãe lhe dava; que fumava vários baseados por dia; que não sabe precisar a quantidade; que pagava dez reais por cada "dolão"; que dava para fazer uns quatro baseados;(...)"

Outrossim, o crime de tráfico, como é consabido, é um crime de atividade essencialmente clandestina, razão pela qual a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Em agasalho a este entendimento, colaciona-se a jurisprudência abaixo transcrita: " Para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que o agente seja surpreendido no exato momento em que esteja fornecendo materialmente a droga a terceira pessoa, bastando a evidência que para fins de mercancia se destina o tóxico encontrado "(TJSP, Ap. 187.915-3/2, 5ª Câm., j.30.11.1995, rel. Des. Christiano Kunttz, RT 727/478). Para a configuração da traficância basta, portanto, que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância e que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. Ademais, as circunstâncias em que ocorreu o flagrante levam à conclusão de que a substância apreendida era reservada à mercancia, mormente considerando-se o depoimento dos policiais militares, no sentido de que o Apelante já era conhecido no meio policial pela prática do tráfico de entorpecentes, evidenciando ser a droga apreendida destinada ao consumidor final. Apesar de a tese defensiva basear-se na insuficiência de provas para a condenação, o conjunto probatório aponta, de forma uníssona, ter sido o Apelante o autor dos fatos, não havendo nos autos qualquer prova que possa infirmar tal declaração. Entretanto, em que pese a comprovação da autoria delitiva, verifica-se que a materialidade delitiva não restou demonstrada de forma inequívoca nos Autos. Isso porque, embora conste no in folio o Auto de Exibição e Apreensão (fls. 19 do id. 22704125) e os Laudos Toxicológicos Provisórios (fls. 31 do id. 22704125, fls. 01/02 do id. 22704128), constatando tratar-se o material entorpecente apreendido de cannabis sativa e" cocaína ", não houve identificação precisa acerca de tais substâncias entorpecentes. Ora, especificamente acerca do laudo toxicológico, registra-se que o art. 50, §§ 1º e 2º, da Lei de Drogas, previu a necessidade de assegurar que o exame pericial definitivo fosse realizado como forma de ratificar a natureza e quantidade da droga prognosticamente averiguada pelo laudo provisório. É o que se infere do dispositivo legal, a seguir descrito: "Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. § 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo. § 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (Incluído pela Lei nº 12.961 de 2014) § 4º A destruição das drogas será executada pelo delegado de polícia competente no prazo de 15 (quinze) dias na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária.(Incluído pela Lei nº 12.961 de 2014) § 5º O local



será vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas referida no § 3o, sendo lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia, certificando-se neste a destruição total delas. (Incluído pela Lei nº 12.961 de 2014)" Isso porque, como cediço, o denominado Laudo de Constatação Prévio, por dispensar a realização de exames toxicológicos laboratoriais, não é capaz, via de regra, de gerar certeza sobre o caráter toxicológico da substância apreendida, podendo servir de base apenas para a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante ou para o oferecimento da Denúncia, não se admitindo, contudo, que seja o único elemento apto a provar a materialidade delitiva pra fins de condenação pelo delito de tráfico de drogas. Sobre o assunto, o ilustre doutrinador Renato Marcão, comentando o art. 50 da Lei nº 11.343/2006, traz o seguinte esclarecimento sobre a matéria: "A lei, entretanto, permite a lavratura do auto de prisão em flagrante, e a nosso ver também o oferecimento da denúncia, sem a presença do laudo pericial definitivo, desde que presente o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, da substância ou droga; firmado por perito oficial ou, na falta desse, por qualquer pessoa idônea. Uma das conseqüências que disso decorre é que não pode subsistir eventual condenação por tráfico de maconha baseada apenas no laudo de constatação prévia, para fins de comprovação da materialidade, 'uma vez que necessários exames toxicológicos laboratoriais mais profundos e aptos a comprovar, estreme de dúvidas, a natureza tóxica da substância apreendida e a presença de tetrahydrocannabinol, componente responsável pelos principais efeitos farmacológicos da Cannabis Sativa L' (TJCE, RT 780/638). Em processos relacionados com porte de entorpecentes já se decidiu reiteradas vezes que: 'O auto de constatação é provisório e não tem o condão de substituir a prova técnica especializada de forma a gerar certeza do caráter toxicológico da substância apreendida. Somente o laudo toxicológico, subscrito por peritos oficiais, que se vale de aparelhamento técnico adequado e utilizam método de exame científico, poderá comprovar que a substância apreendida é mesmo uma daquelas consideradas entorpecentes ou causadoras de dependência física ou psíquica' (TJSP, RT 710/272 e 714/359; TJMT, RT 549/352). (Tóxicos. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Drogas Anotada e Interpretada. São Paulo: Editora Saraiva, fls. 403) – Grifos do Relator Discorrendo, também, acerca do tema, e tecendo diferenciações entre o laudo provisório e o laudo definitivo, leciona Fernando Capez que: "(...) Para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da autoria e materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, da droga ilícita, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea, escolhida, preferencialmente, dentre as que tenham habilitação técnica. Trata-se de laudo, e não de mero auto, ou seja, deve ser elaborado por perito oficial ou louvado (ad hoc), razão pela qual, se o policial se limita a elaborar um relatório opinando pela natureza tóxica da substância, referido documento não poderá ser aceito como substitutivo do laudo de constatação. O laudo de constatação é um exame provisório e superficial, destinado a mera constatação da probabilidade de que a substância apreendida seja mesmo entorpecente. É um exame prognóstico. Sua natureza jurídica é a de condição objetiva de procedibilidade, sem a qual não pode ser oferecida a ação penal, nem lavrado o auto de prisão em flagrante. Sua ausência acarreta a nulidade da prisão em flagrante, com o consequente relaxamento, por vício formal, bem como a nulidade do processo, em caso de recebimento da denúncia. A nulidade ficará superada com a vinda do laudo definitivo comprovando que a

substância era mesmo psicotrópica (...)" (in "Curso de direito penal: legislação penal especial". 7ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.833) – Grifos do Relator Ressalta-se, entretanto, que a jurisprudência pátria tem excepcionado e relativizado a exigência do laudo toxicológico definitivo quando o laudo de constatação (ou provisório) traz uma análise minuciosa e destaca a realização de exames mais precisos para certificar a natureza da substância entorpecente apreendida, situações estas que, pela certeza que conferem ao caráter toxicológico da referida substância, embasam o aspecto de definitividade ao laudo de constatação confeccionado. Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No julgamento do Eresp 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo acarreta a absolvição do acusado, porque não comprovada a materialidade do crime de tráfico de drogas, ressalvados os casos em que o exame preliminar seja dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial, em procedimento equivalente. 2. O Tribunal de origem absolveu os réus, em relação ao crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a ausência do laudo definitivo, bem como por entender que, no caso, o laudo de constatação não está dotado de certeza idêntica ao de um definitivo. 3. Agravo regimental não provido"(STJ, AgRg no REsp 1719958/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018) – Grifos do Relator In casu, verifica-se que os Laudos Periciais juntados aos Autos (fls. 31 do id. 22704125, fls. 01/02 do id. 22704128), embora tenham sido subscritos por Perito Criminal Oficial do Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil, registraram a realização de um exame de mera constatação, sem trazer maiores especificações sobre o material apreendido, não atestando expressa e seguramente a presença das substâncias entorpecentes tetrahydrocannabinol (maconha) e benzoilmetilecgonina (cocaína). Pelo exposto, diante da ausência do caráter de definitividade apresentado pelos Laudos Periciais colacionados aos Autos (fls. 31 do id. 22704125, fls. 01/02 do id. 22704128), que não atestaram seguramente a existência das substâncias entorpecentes tetrahydrocannabinol (maconha) e benzoilmetilecgonina (cocaína) no material analisado, estas identificadas como sendo as que determinam dependência física ou psíquica e se encontram relacionadas na Lista F-2 (Substâncias Psicotrópicas de uso proscrito no Brasil) da Portaria 344/98, entende este Relator que inexistente prova suficiente acerca da materialidade quanto ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. Destarte, diante da ausência de provas suficientes que amparem a condenação sub judice, entende-se que o Apelante Fabrício Batista de Souza deve ser absolvido da imputação referente ao crime de tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Em face à absolvição do Recorrente, em razão do reconhecimento da insuficiência de provas para a condenação, reputam-se prejudicados os demais argumentos expostos no recurso referentes ao referido crime. Ressalte-se que, uma vez afastada a condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, resta ao Recorrente o cumprimento de uma pena de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Em relação à Codenunciada Ione Cristina Martins Guimarães, embora esta não tenha interposto recurso, consoante se extrai da certidão de id. 22704452 dos Autos, imperiosa se mostra a extensão do decreto

absolutório em favor da referida Corrê, pelos mesmos fundamentos, pois, em relação a esta, também não restou provada nos Autos a materialidade delitiva, consoante fundamentação acima exposta. Com efeito, como já ressaltado acima, em que pese o Auto de Exibição e Apreensão e os Laudos Provisórios indicarem a apreensão de certa quantidade de entorpecentes (maconha e cocaína) em poder da referida Corrê, os mencionados laudos não apresentam o caráter de definitividade apto a atestar seguramente a existência das substâncias entorpecentes tetrahydrocannabinol (maconha) e benzoilmetilecgonina (cocaína) no material apreendido. Assim, diante da impossibilidade de utilização dos documentos supra referidos para embasar o decreto condenatório no caso sub judice, mormente por não terem sido corroborados por meio da realização de um Exame Pericial Definitivo, e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência, o decreto condenatório não deve ser mantido. Destarte, diante da fragilidade do conjunto probatório, imperioso se mostra o acolhimento do princípio do in dubio pro reo para absolver a Corrê Ione Cristina Martins Guimarães da imputação de tráfico de entorpecentes, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP.

4. Da reanálise da dosimetria da pena em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito Impende ressaltar, de início, que, embora não tenham sido questionadas no presente recurso, a autoria e a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, restaram devidamente comprovadas, em razão do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 19 do id. 22704125), do Laudo de Exame Pericial realizado na arma de fogo apreendida (fls. 22/23 do id. 22704127) – o qual atestou que o referido artefato se encontrava com numeração suprimida e em condições de realização de disparos –, bem como pelos depoimentos das testemunhas e pela confissão do Acusado, durante ambas as fases da persecução penal. Feitas essas considerações, verifico que o Apelante insurge-se em relação à dosimetria da pena do crime previsto no art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, pugnando pela redução da pena-base para o mínimo legal, bem como pela aplicação da circunstância atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP (confissão espontânea), com a observância da Súmula nº 545 do STJ. Requereu, ainda, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, bem como a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, além da realização da detração penal. A referida pretensão merece prosperar em parte. Analisando a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena, observa-se que o ilustre Juiz sentenciante fixou a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, mínimo legal previsto, restando prejudicado o pleito da defesa nesse ponto. Na segunda fase, deve ser mantido o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d do CP (confissão espontânea), tendo em vista que o Apelante confessou a prática delitiva em ambas as fases da persecução penal (fls. 15 do id. 22704125 e arquivo de mídia audiovisual de ids. 22704385 e seguintes). Assim, verifica-se restou devidamente observado o enunciado da Súmula nº 545 do STJ, segundo o qual "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal". No entanto, o reconhecimento da referida atenuante não pode levar à redução da pena aquém do mínimo legal nessa fase da dosimetria, como pretendido pela defesa, tendo em vista a vedação prevista na Súmula nº 231 do STJ, in verbis: "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Assim, diante da

inexistência de outras circunstâncias atenuantes e/ou agravantes, deve ser mantida a pena intermediária em 03 (três) anos de reclusão. Já na terceira fase, diante da inexistência de outras causas especiais de aumento e/ou diminuição, deve ser mantida a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão. Deve ser mantida, ainda, a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, pois foi fixada de forma proporcional à reprimenda corporal imposta. Em relação ao pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, entendo que o mesmo merece guarida, pois, diante do quantum de pena remanescente, deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP. No que tange ao pleito de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, merece prosperar a referida pretensão, tendo em vista o quantum da pena definitivamente fixado, bem como em razão do preenchimento dos demais requisitos previstos no art. 44 do CP, impondo-se, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do CP, consistentes em: prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, a ser revertida em favor de entidade assistencial indicada pelo Juízo das Execuções; e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser especificada pelo Juízo das Execuções. Considerando-se que o regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal já foi alterado para o aberto, deixo de realizar a detração, na forma delineada no art. 387, § 2º, do CPP, pois esta não trará consequências para o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao Réu.

5. Do prequestionamento

O Apelante prequestionou, para fins de interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, a contrariedade da sentença recorrida aos seguintes dispositivos: art. 5º, incisos XI, LV, LIV e LVII, da Constituição Federal; artigos 33, art. 40, art. 50-A, todos da Lei nº 11.343/06; art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03; artigos 59, art. 65, inciso III, e art. 69, todos do Código Penal; artigos 157, § 1º, e art. 386, incisos II, VI e VII, ambos do Código de Processo Penal. Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se: "PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I – Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II –" O requisito do prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997)". (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves). III – Embargos declaratórios rejeitados. (STJ – EEROMS 11927 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão)". – Grifos do Relator

Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa aos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores.

6. Do pleito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade

O Apelante pleiteou o reconhecimento do direito de recorrer

em liberdade, salientando a desnecessidade de manutenção da sua segregação cautelar. Assiste razão à defesa, uma vez que, tendo sido substituída a sanção corporal por penas restritivas de direitos e, considerando a vedação à reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa, deve o Apelante aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Com efeito, considerando-se a reforma parcial da sentença vergastada, a execução provisória deverá adequar-se às alterações na condenação contidas no presente Acórdão, o que ensejaria, em princípio, o início do cumprimento das penas restritivas de direitos impostas ao Apelante. Ressalte-se, entretanto, que, in casu, por ter sido a sanção corporal convertida em restritivas de direitos, descabido falar-se em execução provisória, pois, nos termos do art. 147 da LEP, exige-se o trânsito em julgado da sentença para que seja promovida a execução das penas restritivas de direitos, in verbis: Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça adotou este posicionamento, com o qual perfilho do entendimento, senão vejamos o teor do julgado abaixo: "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, POR CARÊNCIA DE PROVAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 147 DA LEP. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 3. Segundo a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, não há falar em execução provisória de pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista que encontra-se em pleno vigor o art. 147 da LEP. Isso porque, se não houve declaração de inconstitucionalidade nem interpretação conforme, por parte do Supremo ou sequer da Corte Especial deste STJ, não se pode recusar aplicação ao dispositivo, sob pena de afronta à Constituição, à própria lei em referência, bem assim à Súmula Vinculante n. 10. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar apenas a suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória."( HC 389.676/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017, STJ) – Grifos do Relator Assim, diante da substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, deve ser concedida ordem de Habeas Corpus em favor do Recorrente Fabrício Batista de Souza, colocando-o imediatamente em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, devendo cópia do presente Acórdão servir como alvará de soltura. O voto, portanto, é no sentido de conhecer do Recurso, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para reformar a sentença penal condenatória e determinar a absolvição da Recorrente em relação ao delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, alterando-se, diante do quantum de pena remanescente, o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, substituindo-se, ainda, a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do CP, concedendo-se Habeas Corpus em favor deste, determinando-se, também, a extensão da decisão absolutória em favor da Corré Ione Cristina Martins Guimarães, nos termos do art. 580 do CPP, mantendo-se a sentença recorrida nos demais termos." Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal

de Justiça da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se conhece do Apelo, rejeitam-se as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, dá-se provimento parcial ao mesmo, para reformar a sentença penal condenatória e determinar a absolvição da Recorrente em relação ao delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, alterando-se, diante do quantum de pena remanescente, o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, substituindo-se, ainda, a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do CP, concedendo-se Habeas Corpus em favor deste, determinando-se, também, a extensão da decisão absolutória em favor da Corrê Ione Cristina Martins Guimarães, nos termos do art. 580 do CPP, mantendo-se a sentença recorrida nos demais termos. Sala das Sessões, em (data registrada no sistema no momento da prática do ato). JUIZ CONVOCADO PAULO SÉRGIO BARBOSA DE OLIVEIRA RELATOR \*Cópia do presente Acórdão servirá como Alvará de Soltura em favor do Recorrente Fabrício Batista de Souza, RG nº 16139079-07, SSP/BA, gezeiro, união estável, natural de Jequié-BA, nascido em 23/05/1995, filho de Ariston Soares de Souza e Zenilda Damacena Batista, domiciliado na Rua Antônio do Ouro, s/n, Bairro Prisco Viana, Caetité/BA (qualificação extraída do documento de fls. 15 do id. 22704125), que deve ser cumprido pela autoridade que detém o controle do estabelecimento prisional onde o Apelante se encontra encarcerado, colocando-o, imediatamente, em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, tudo nos termos do art. 260 do RITJBA, da Resolução nº 108/2010 do CNJ, e do Pedido de Providências nº 0006795-95.2013.200.0000, também do CNJ. 02