

Documento:556020

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0004208-05.2020.8.27.2716/TO  
PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0004208-05.2020.8.27.2716/TO

RELATOR: Juiz

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO: (OAB DF053327)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA (INTERESSADO)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

VOTO

Conheço do presente recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presente o interesse recursal, bem como foram obedecidas às formalidades devidas à sua admissibilidade e ao seu processamento.  
Conforme relatado, trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL, com fulcro no artigo 593, I, do Código de Processo Penal, interposta por buscando a modificação da sentença condenatória constante do evento 154, dos autos da Ação Penal nº 0004208-05.2020.8.27.2716, em primeiro grau.  
Adoto o relatório constante das contrarrazões recursais:

“, qualificado nos autos, foi denunciado e após instrução probatória, condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa.

Inconformado, o Apelante interpôs recurso de Apelação (ev. 162 dos autos de origem) nos ditames das razões contidas na petição de evento 12, pugnando, em apertada síntese, pela reforma da sentença para declarar a nulidade das provas obtidas e absolver o Apelante e, subsidiariamente, para promover a desclassificação para a conduta do art. 28 da Lei 11.343/06 ou reconhecer o tráfico privilegiado e substituir a pena por pena restritiva de direitos.

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público, pugnando pela manutenção da sentença – evento 15.”

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação manejado (evento 19). Da preliminar. Ofensa à inviolabilidade domiciliar.

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

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

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

“a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito;

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

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

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

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

No caso vertente, consta nos autos do Inquérito Policial nº 0004171-75.2020.8.27.2716, que no dia 19 de outubro de 2020, por volta das 23h30min, os policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram o denunciado em atitude suspeita, ocasião na qual resolveram realizar busca pessoal no mesmo, sendo encontradas 5 (cinco) porções de substância análoga a "maconha" e R\$ 30,00 (trinta reais) em dinheiro.

Em ato contínuo, em entrevista pessoal com o detido, este negou que teria mais droga entorpecente em sua residência, contudo franqueou a entrada dos policiais militares em sua residência, sendo localizada mais 21 porções de substância análoga a maconha dentro de um tênis e R\$ 665,00 (seiscentos e cinquenta e cinco reais) no bolso de uma calça jogada no chão ao lado da cama do recorrente.

Durante a instrução do processo, os policiais que participaram da diligência que cumlinou na apreensão das drogas foram ouvidos e informaram que no dia dos fatos narrados na denúncia, em razão de várias denúncias de tráfico naquela região, realizaram patrulhamento e efetuaram a abordagem do réu, o qual estava na posse de pequena quantidade de drogas e que após indagado, negou haver mais substâncias em sua residência, contudo, após franqueamento da entrada na residência foram localizada mais drogas.

Por oportuno, transcrevo os depoimentos dos militares prestados em juízo e constantes na sentença vergastada:

"A testemunha, policial militar, em audiência disse que (evento 113): Havia algumas denúncias que estava ocorrendo tráfico de drogas naquelas proximidades. Em patrulhamento, foi feita abordagem no acusado, próximo ao cemitério. Ao realizarmos a busca pessoal foi encontrada pequena quantidade de substâncias análoga à maconha e uma quantia pequena de dinheiro. O mesmo disse que estava trabalhando de moto táxi e o dinheiro que tinha no bolso era o troco do marmite. Ele (réu) franqueou a entrada na residência. Ao fazermos as buscas na residência dele, foi localizada mais quantidade de maconha e uma quantia em dinheiro. Conduzimos ele e o material para a delegacia. Não me recordo se tinha outros entorpecentes fora à maconha. Eu não entrei na casa, mas o colega que entrou disse que achou as drogas dentro do tênis. Na revista pessoal foi achada R\$ 30 com ele. O réu estava realmente trabalhando, ele é moto táxi. Não tinha ninguém na casa. Sei que ele tem outras ocorrências envolvendo tráfico. A prisão em flagrante do Marlus foi realizada à noite. Ele foi abordado uma esquina antes da residência, próximo ao cemitério. Quando fazemos abordagem a indivíduos viciados, eles informaram que naquela localizada estava tendo fluxo de tráfico. Não vislumbramos o acusado vendendo drogas. No momento da abordagem ele estava sozinho. Nós não gravamos o consentimento do acusado em adentrar a residência (grifei).

Em continuidade, a testemunha, policial militar, em audiência disse que (evento 113):

Havíamos recebidas várias denúncias de tráfico naquela localidade. Em patrulhamento nos deparamos com o indivíduo em atitude suspeita e efetuamos a abordagem. Em busca pessoal encontramos cinco substâncias análogas e doladas análoga a maconha e R\$ 30 em dinheiro. Ele (réu) disse que só tinha aquele dinheiro para comprar marmita. Nós adentramos a residência acompanhada com ele, com autorização do mesmo. Na entrada da residência, embaixo da mesa da cozinha tinha um tênis, onde encontramos mais porções de drogas embaladas para o comércio. A residência estava insalubre com roupas jogadas ao chão. E nessas roupas, foram encontradas R\$ 665 em espécie, em notas diversas. Nesse primeiro momento, o acusado estava próximo da residência. Na minha percepção está configurada a flagrância, em razão da movimentação de tráfico de drogas. O acusado disse que era morador daquela residência. Havia denúncias que informaram que aquela residência ocorrida o intenso tráfico de entorpecentes. Na entrevista, o acusado disse que as drogas era dele. A abordagem ocorreu entre 22 às 23 hrs. Havia várias denúncias de pessoas que ligavam e informavam sobre a movimentação de tráfico. As denúncias foram anônimas. Nesse caso em específico, o réu disse que se nós quisermos averiguar na casa dele, poderíamos. O local era bastante insalubre, com restos de comida. Não foi gravado o consentimento do acusado (grifei). No mesmo interim, a testemunha, policial militar, em audiência disse que (evento 113):

Eu estava de serviço. Após algumas denúncias que havia um fluxo de tráfico no referido endereço, fomos fazer o patrulhamento e avistamos o réu. O mesmo tentou empreender em fuga e o abordamos. Foi encontrado com o mesmo uma quantia de drogas em dinheiro. Após entrarmos na casa dele, com sua autorização foi encontrada drogas no sapato e uma quantia em dinheiro. Eu entrei na residência. O local que ele foi abordado fica próximo da residência. O tênis estava embaixo de uma mesa. Havia denúncias de tráfico desse indivíduo. Usuários também denunciaram o mesmo. As pessoas que denunciaram não se identificaram. A prisão foi à noite. Não gravamos, tampouco tinha testemunha do consentimento do réu acerca da entrada dos policiais (grifei).

Veja-se, portanto, que as fundadas suspeitas da prática do crime de tráfico de drogas e a justa causa para busca domiciliar restaram delineadas, sendo consabido que a situação de flagrância dispensa a apresentação de mandado judicial para o acesso ao domicílio, não obstante os relatos indicarem a autorização do flagrado quanto ao ingresso. Ademais, tais suspeitas se confirmaram com a apreensão de um total 26 porções de maconha, conforme Laudo Pericial nº 5641/2020 (evento 38, LAUDO/1, inquérito policial).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INVASÃO A DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDÍCIOS PRÉVIOS DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA EM SUA RESIDÊNCIA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. (...) 2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça – STJ consolidou-se no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "guardar" é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio,

independente de mandado judicial. Ademais, no caso dos autos, verifica-se da peça acusatória, que os policiais militares estavam em patrulhamento pela região e receberam informação de que a paciente estaria vendendo drogas naquela via pública e se deslocaram para o local, surpreendendo-a em frente ao imóvel. (...) Nesse contexto, a partir da leitura dos autos, verifica-se que foi constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, o que autoriza a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio dos agentes, por ausência de mandado judicial. 3. (...) (STJ. HC 629.141/SP, Rel.

Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021) – grifei

Em julgamento recente de caso análogo ao em debate, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça legitimou o ingresso de policiais militares em imóvel sem mandado judicial, diante da fundada suspeita da situação de flagrância, conforme se depreende no seguinte aresto:

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

Ressalto que o entendimento do magistrado singular não destoa da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede Repercussão Geral (Tema 280) – segundo a qual, “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados” – a uma porque haviam fundadas razões para ingresso, a duas porque as provas indicam que não houve entrada forçada dos policiais em domicílio, a qual foi franqueada pelo próprio acusado.

Assim sendo, não há que se falar, nesse contexto, em nulidade do ato, conforme remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, inclusive da Sexta Turma, e da própria Corte Suprema, uma vez que não houve qualquer ilicitude que pudesse contaminá-lo.

Superada a única questão prejudicial aventada pelo recorrente, consistindo este o ponto da divergência inaugurada, passa-se à análise de mérito.

Da desclassificação do crime de tráfico para uso.

O recorrente postula a desclassificação do crime de tráfico para o de uso, contudo entendo que razão não lhe assiste.

Isso porque, o apelante foi preso em flagrante delito quando trazia consigo, com o propósito de fornecer a terceiros, drogas sem autorização e

em descordo com determinação legal e regulamentar, consistente em 05 (cinco) porções de maconha, sendo posteriormete localizada em sua residência mais 21 (vinte e uma) porções de maconha, todas embaladas conforme foto abaixo:

A materialidade do crime ficou sobejamente demonstrada nos autos pelo Auto de Prisão em Flagrante (IP nº 00041717520208272716 – evento 01); (IP – evento 01 – P\_FLAGRANTE1 – fls. 5); Auto de Exibição e Apreensão (IP – evento 01 – P\_FLAGRANTE1 – fls. 10); (IP – evento 07); (IP – evento 37); relatos das testemunhas e as demais provas colhidas na fase inquisitorial e judicial, que atestaram que o acusado tinha em depósito cerca de 25g de maconha, devidamente embalada e dividida em 26 porções. Vejamos a conclusão do laudo pericial:

Da mesma forma, a autoria do delito de tráfico previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, se revela indene de dúvidas, mormente pela prova oral coligida ao processo (já transcrita alhures), que converge no sentido da prova material apurada em todo o procedimento inquisitorial e processual, e indicam satisfatoriamente a traficância pelo Apelante.

Acresce-se às declarações dos policiais possuem fé pública, não havendo qualquer elemento nos autos que indique incoerência nas mesmas ou mesmo intuito de prejudicar o recorrente.

Assim, considerando as declarações dos policiais militares (que demonstram com segurança como os fatos de deram), os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa e acusação, a natureza da droga apreendida, bem como diante da ausência de provas de que o recorrente seja somente usuário, resta caracterizado o tráfico de drogas<sup>1</sup>.

Além disso, soma-se o fato de que abordagem do apelante somente aconteceu após denúncias quanto a prática da comercialização.

O fato de o apelante ser usuário de drogas não tem o condão, por si só, de ilidir a configuração do crime de tráfico, mesmo porque, é comum que traficantes se utilizem do comércio de drogas com o objetivo de obter lucro e manter o seu consumo. A propósito, a jurisprudência da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS INCRIMINATÓRIOS DE AGENTES POLICIAIS. NÃO DEMONSTRADA A FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESE DEFENSIVA DE FLAGRANTE PREPARADO. NÃO COMPROVADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO.

IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º, DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. NÃO RECONHECIDA. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. (...) 4. Quanto ao pedido de desclassificação do crime de tráfico para o de uso não pode ser acolhido. O fato de o apelante ser usuário de drogas não tem o condão, por si só, de ilidir a configuração do crime de tráfico, mesmo porque, é comum que traficantes se utilizem do comércio de drogas com o objetivo de obter lucro e manter o seu consumo. (...) 7. Recurso conhecido e não provido. (TJ-T0. AP 00028212320188270000, Rel. Juíza , em substituição ao Des. , 2ª Câmara Criminal, julgado em 29/05/2018, com grifos inseridos).

De igual modo, é irrelevante a existência de prova da efetiva mercancia da substância ou, sequer, a presença do animus de revenda da droga para a caracterização do crime de tráfico. O simples “transportar e/ou trazer consigo” a substância proibida já configura o delito do artigo 33, caput, da Lei de Drogas (composto de dezoito verbos). Nesse sentido está a

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:  
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.  
JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE.  
INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO EM PAUTA.  
SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO  
CPP NÃO CARACTERIZADA. TRÁFICO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. NULIDADES.  
PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO.  
SÚMULA 7/STJ. REPETIÇÃO DE TESES EXAUSTIVAMENTE AFASTADAS. AGRAVO  
REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. (...) 3. O crime do art. 33, caput, da Lei  
11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação  
múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer  
delas suficientes à caracterização do delito. (...) 10. Agravo regimental  
desprovido. (AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro , QUINTA TURMA,  
julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017, com grifos inseridos).

Constato, portanto, que a conjugação de todos esses fatores, afastam a  
credibilidade das teses defensivas de negativa de autoria, bem como  
ausência de materialidade do delito de tráfico vez que o conjunto  
probatório que incrimina o Apelante é idôneo e robusto em apontar sentido  
contrário.

Afasto, portanto, a absolvição e a desclassificação para o crime descrito  
no art. 28, da Lei de Drogas.

Do tráfico privilegiado. Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O recorrente defende fazer juz ao privilegio previsto no § 4º, do art. 33,  
da Lei de Drogas, salientando que em que pese existir processo em desfavor  
do recorrente, não tendo havido o trânsito em julgado da persecução penal,  
deve-se observar o princípio constitucional da presunção de inocência, nos  
termos do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Por sua vez o magistrado afastou a aplicação do privilégio ao argumento de  
que “o réu possui em trâmite uma ação penal pelo cometimento do delito de  
tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06), sendo que foi prolatada  
sentença condenatória (autos de nº 00023650520208272716), o que demonstra  
que o mesmo é dedicado a atividades criminosas.”.

Sobre o ponto a Procuradoria Geral de Justiça assim se posicionou:

“Não se afigura possível a aplicação do tráfico privilegiado ao apelante.  
Conforme já decidido por nossos Tribunais Superiores, os requisitos  
necessários ao deferimento da causa de diminuição de pena regulada no art.  
33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 são cumulativos. Portanto, para que o réu  
possa ser beneficiado com a redução é imprescindível que o condenado seja  
primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas  
nem integre organização criminosa.

Assim, referida causa de redução de pena visa alcançar apenas aquele que  
se inicia na prática ilícita, e não traficantes habituais, que fazem do  
comércio espúrio seu ofício. O recorrente possui em trâmite uma ação penal  
pelo cometimento do delito de tráfico de drogas (art. 33, da Lei  
11.343/06), sendo que foi prolatada sentença condenatória (autos de nº  
00023650520208272716), o que demonstra que aquele é dedicado a atividades  
criminosas o que impede o reconhecimento do Tráfico privilegiado.”.

Em que pese os argumentos do recorrente, razão não lhe assiste.

O benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas pressupõe  
o preenchimento de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i)  
primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade  
criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

Apesar de o acusado não ser reincidente, o Superior Tribunal de Justiça  
assentou entendimento de que é permitida a utilização de inquéritos

policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício do tráfico privilegiado.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. [...] TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAS.

POSSIBILIDADE. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. [...]. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...). 3. A teor do entendimento firmado na Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. No presente caso, o agravante possui ações penais em andamento, o que justifica o afastamento da figura do tráfico privilegiado, uma vez que indica a dedicação do acusado à atividade criminosa. (...) 7. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 1341174/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, QUANTIDADE DROGA, CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES.

POSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA. CASO CONCRETO E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AFASTADA COM BASE EM AÇÕES PENAS EM CURSO. CABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO JULGADO POSTERIOR AO DELITO EM ANÁLISE. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) IV – A

Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n.1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado. (...) (HC 409.218/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018)

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I – O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II – O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III – Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 IV – In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade



criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. (Resp 1431091/SP, Rel. Ministro , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AÇÃO PENAL EM CURSO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. DELITOS RECENTES. ATOS PRATICADOS NO GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos de jurisprudência desta Corte, a existência de inquéritos e ações penais em andamento, embora não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constituem fundamento válido à evidenciar a dedicação à atividades criminosas. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 331.651/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

In casu, conforme pontuado pelo julgador de origem e evidenciado pelas certidões de antecedentes criminais (eventos 14 e 18 da origem), o apelante possui contra si ações penais em curso, inclusive por tráfico de drogas (autos de nº 00023650520208272716 com sentença condenatória), fator que, somado à quantidade de droga apreendida justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado, uma vez que indicam a dedicação do acusado à atividade criminosa.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito Sem razão o apelante quando postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que fora condenado a pena privativa de liberdade fixa em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Isso porque, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em consonância com o disposto no art. 44, do CP, considerando que a pena total foi arbitrada em patamar superior a 4 (quatro) anos, bem como a Recorrente é reincidente.

Nesse sentido:

[...] VII – Sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 9 do Código Penal l, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33 3, § 2º, alínea b, do Código Penal l. VIII – Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44 4, inciso I, do Código Penal l. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para afasta a utilização de atos infracionais no aumento da pena-base, mas sem reflexo na pena final, e fixar o regime inicial semiaberto para resgate da reprimenda, mantidos os demais termos da condenação. (STJ. HC 478.661/SP, Rel. Ministro , Data de Julgamento: 07/02/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. WRIT IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra

suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, por tratar-se de réu reincidente que teve valorada negativamente a circunstância judicial relativa aos antecedentes, a teor do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no HC 529.171/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019)

Ante o exposto, encaminho o meu voto no sentido de CONHECER do recurso, pois presentes os pressupostos e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença vergastada incólume. Condeno o Recorrente no pagamento das custas processuais.

Documento eletrônico assinado por , Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 556020v4 e do código CRC 66f70be0. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 12/7/2022, às 17:40:33

1. Consoante o § 2º, do artigo 28, da Lei de Drogas, 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”.

0004208-05.2020.8.27.2716

556020 .V4

Documento:556017

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº

0004208-05.2020.8.27.2716/TO

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0004208-05.2020.8.27.2716/TO

RELATOR: Juiz

APELANTE: (RÉU)

ADVOGADO: (OAB DF053327)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA (INTERESSADO)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

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

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

2. De acordo com a narrativa dos policiais que empreenderam as diligências, o acusado foi abordado após informações do grupo de inteligência, tendo o mesmo sido abordado, o que culminou na apreensão de pequena quantidade de droga em revista pessoal, além de ter informado à guarnição que em sua residência haveria mais entorpecentes, colaborando para o ingresso dos policiais no local, o que configura a justa causa ou fundadas razões de que no interior daquele imóvel ocorria situação de flagrante delito.

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

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE.

4. Considerando a declaração dos policiais militares (que demonstrou com segurança como os fatos de deram), a natureza da droga apreendida, a forma de acondicionamento, e diante da ausência de provas de que o recorrente seja somente usuário, resta caracterizado o tráfico de drogas, não havendo que se falar em desclassificação para uso.

5. O fato de o apelante ser usuário de drogas não tem o condão, por si só, de ilidir a configuração do crime de tráfico, mesmo porque, é comum que traficantes se utilizem do comércio de drogas com o objetivo de obter lucro e manter o seu consumo.

TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO.

6. O benefício legal previsto artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, conhecido

como 'tráfico privilegiado', pressupõe o preenchimento pelo réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. O Superior Tribunal de Justiça assentou que é permitida a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício do tráfico privilegiado. No caso, conforme certidão de antecedentes criminais, o acusado possui contra si ações penais em curso e outros procedimentos criminais, inclusive, por tráfico de drogas, fator que, somado à quantidade de drogas apreendida, justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado, uma vez que indicam a dedicação da acusada à atividade criminosa.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VEDAÇÃO DO ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

7. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em consonância com o disposto no art. 44, do CP, considerando que a pena total foi arbitrada em patamar superior a 4 (quatro) anos, bem como pelo fato de a Recorrente ser reincidente.

8. Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

A a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por maioria, CONHECER do recurso, pois presentes os pressupostos e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença vergastada incólume. Condenando o Recorrente no pagamento das custas processuais, nos termos do voto vencedor do relator, sendo acompanhado pelo Desembargador . O Desembargador em seu voto vencido, divergiu no sentido de acolher a preliminar para reconhecer a ilegalidade da busca domiciliar na residência do réu, por ofensa ao artigo 5º, XI, da CF, determinando o desentranhamento das provas obtidas a partir da sua realização.

Palmas, 05 de julho de 2022.

Documento eletrônico assinado por , Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 556017v6 e do código CRC fff86720. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 14/7/2022, às 17:29:54

0004208-05.2020.8.27.2716

556017 .V6

Documento:556014

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0004208-05.2020.8.27.2716/TO  
PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0004208-05.2020.8.27.2716/TO

RELATOR: Juiz

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO: (OAB DF053327)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA (INTERESSADO)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

## RELATÓRIO

Adoto como próprio o relatório do parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, postado no evento 19:  
“Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL, com fulcro no artigo 593, I, do Código de Processo Penal, interposta por buscando a modificação da sentença condenatória constante do evento 154, dos autos da Ação Penal nº 0004208-05.2020.8.27.2716, em primeiro grau.  
Adoto o relatório constante das contrarrazões recursais:  
“, qualificado nos autos, foi denunciado e após instrução probatória, condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa.  
Inconformado, o Apelante interpôs recurso de Apelação (ev. 162 dos autos de origem) nos ditames das razões contidas na petição de evento 12, pugnando, em apertada síntese, pela reforma da sentença para declarar a nulidade das provas obtidas e absolver o Apelante e, subsidiariamente, para promover a desclassificação para a conduta do art. 28 da Lei

11.343/06 ou reconhecer o tráfico privilegiado e substituir a pena por pena restritiva de direitos.

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público, pugnando pela manutenção da sentença – evento 15.”

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação manejado (evento 19).

A seguir, vieram-me conclusos os presentes autos.

É a síntese do necessário.

Ao Revisor (art. 38, III, a, RITJ/T0).

Documento eletrônico assinado por , Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 556014v2 e do código CRC 59332158. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 13/6/2022, às 15:40:48

0004208-05.2020.8.27.2716

556014 .V2

Documento:575816

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0004208-05.2020.8.27.2716/T0

RELATOR: Juiz

APELANTE: (RÉU)  
ADVOGADO: (OAB DF053327)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

#### VOTO DIVERGENTE

Trata-se de Apelação Criminal interposta por em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dianópolis/TO, que o condenou como incurso no crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, fixando-lhe pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Em síntese, a defesa suscita, preliminarmente, nulidade das provas sob a alegação de que foram obtidas por meios ilícitos, mediante violação de domicílio, e, como consequência, pugna pela absolvição do apelante, nos termos do artigo 386, II, do CPP. Subsidiariamente, almeja a absolvição do acusado, nos termos do artigo 386, VII, do CPP, alegando insuficiência de provas para condenação. Alternativamente, requer a desclassificação da conduta para a figura prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06, uma vez que seria mero usuário de drogas, ou, ainda, o reconhecimento da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, conhecida com 'tráfico privilegiado'.

Submetido o recurso a julgamento pela 1ª Câmara Criminal, o eminente Relator proferiu voto negando provimento ao apelo, mantendo-se integralmente a sentença.

No entanto, analisando detidamente os autos, respeitosamente, divirjo do entendimento lançado pelo eminente Relator quanto à preliminar de nulidade por violação domiciliar.

É cediço que o direito à inviolabilidade de domicílio não é absoluto, admitindo-se a entrada em recinto inviolável nas situações elencadas no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, isto é, nas hipóteses de consentimento do morador, flagrante delito, desastre ou necessidade de prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, em cumprimento a determinação judicial.

A referida garantia individual objetiva assegurar os direitos fundamentais relativos à proteção da vida privada e à intimidade, sendo certo que as exceções taxativamente previstas no dispositivo constitucional devem ser interpretadas restritivamente.

Acerca dos limites penais dessa garantia individual, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, pacificou o seguinte entendimento:

"[...] a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificada '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 da nulidade dos atos praticados" (STF. Plenário. RE 603616/RO, Rel. Min. , julgado 05/11/2015 – tema 280, Info 806).

Conquanto a jurisprudência, antigamente, tenha orientado ser possível o ingresso no domicílio em caso de delitos permanentes, atualmente, deve-se compreender que o simples fato de o tráfico ser dessa natureza não é suficiente para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se, para tanto, a demonstração de fundadas razões que indiquem a existência de situação de flagrante delito.

A saber:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (2 , CRACK E COCAÍNA). PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA OU DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE DELITIVA. FUNDADAS RAZÕES. CONSENTIMENTO DO MORADOR. ÔNUS DA PROVA. ESTADO ACUSADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou, ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio. 2. Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador. 3. Ao que se observa, o fato de outro indivíduo correr com uma sacola na mão, após avistar guardas municipais, não configura a fundada razão da ocorrência de crime (estado de flagrância) que justifique afastar a garantia da inviolabilidade do domicílio. 4. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato. ( HC 657.526/RS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) Ainda sobre a questão, no julgamento do AgRg no HC 567.784/SP, o Ministro destacou que, muito embora se constate eventual situação de flagrância posteriormente ao ingresso domiciliar inconstitucional, tal circunstância casuística não pode justificar a medida:

"[...] Ora, se o próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente. [...]" (STJ, AgRg no HC 567.784/SP, Relator: Ministro , 6ª Turma, julgado em: 25/05/2021).

No caso, as circunstâncias fáticas que antecederam o ingresso dos policiais militares no domicílio do apelante não são suficientes para evidenciar, objetivamente, a existência de justa causa para autorizar a restrição à garantia individual assegurada pelo artigo 5º, XI, da CF. A simples menção à “existência de denúncias” não é apta a denotar que havia fundada razão para se acreditar que no interior do domicílio do réu estaria ocorrendo situação de flagrância do crime previsto no artigo 33 da Lei de Drogas.

Noutra senda, tampouco há comprovação de que o ingresso na residência do acusado foi voluntariamente autorizado por ele.

Pelo contrário, o acusado afirmou em juízo que os policiais militares arrombaram a porta da residência:

“No dia dos fatos eu tinha acabado de chegar de uma entrega. Eu trabalho de dia de moto taxi e de dia no Pizzai. Assim que eu cheguei em casa, a viatura da força tática chegou. Desceu três policiais com fuzil apontado para minha cabeça. Eu fiquei assustado, sem saber do que estava acontecendo, então entrei em casa e fechei a porta. Eu escutei o estrondo, quando o Deilson arrombou a porta. Eles entraram, mandaram eu colocar a mão na cabeça. Eles perguntaram onde estava meu irmão, eu disse que ele estava trabalhando na fazenda. Eles me revistaram, passaram a mão na minha cintura. Eu disse que não tinha drogas na casa. Continuaram a busca na minha residência, mas não acharam nada. Me algemaram e me colocaram no



fundo da casa. Eles ficaram conversando entre si. Um dos policiais disse que iam me liberar. Continuaram a fazer perguntas. Um dos policiais me levou para frente da casa e os outros ficaram dentro. Eu acho importante contar o contexto antes dessa história. Em 2019 meu irmão teve uma briga com o Eric, filho do policial Barcelar, que trabalha na força tática. Depois disso, os policiais acharam meu irmão e meu primo e espancaram ele. Meu irmão foi na delegacia registrar o B.O., mas não deixaram. Depois disso, os policiais começaram a me abordar direto, me humilhando. Já me abordaram com a mochila de entregador. No dia dos fatos (prisão), eu tinha uns dois anos juntando dinheiro na conta do meu pai, mas tive que sacar o dinheiro para depositar na minha conta em outro dia. Guardei o dinheiro dentro da minha casa, em uma mochila com tudo fechadinho. Depois que fizeram toda revista na residência, acharam os R\$ 5 mil reais do dinheiro que estava guardado para comprar a moto. Eles falaram que aquele dinheiro era do tráfico. Me bateram, me humilharam, me deram choques e jogaram spray de pimenta em mim. Eles falaram que eu estava mentindo. Eles falaram que iam me levar para delegacia para dar conta desse dinheiro. Porém, o policial Deilson pegou no banco de trás da viatura, um pacote. Me levaram para a delegacia umas 02 horas da manhã. Quando eu cheguei lá, eles disseram que acharam comigo uns R\$ 600 e pouco e 21 pacotes de drogas. De R\$ 5 mil reais, eles só apresentaram R\$ 600 e pouco. Por causa disso, eu fui preso, peguei uma dívida enorme e fui preso somente por causa do meu dinheiro. No momento que os policiais chegaram, eu fiquei assustado e entrei e fechei a porta. O mora perto da minha casa. Eu nunca vendi drogas, meu único objetivo foi trabalhar honesto. Já usei maconha. Uso cerca de 13 a 16 gramas de maconha. Nesse dia não estava com nenhum entorpecente na casa, pois costumo fazer o uso de dia."

Ratificando a invasão domiciliar relatada pelo apelante, a testemunha, vizinho do réu, ouvido em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, asseverou:

"Moro próximo ao acusado. Moro cerca de uns 100 metros no máximo de distância. Vi quando a polícia chegou. Era por voltas das 23 hrs. Tinha três policiais. Antes de a polícia chegar, o Marlus estava na frente da casa dele. Eu só vi a hora que os policiais pararam na casa dele. Eu só vi que os policiais chegaram, abordou ele, arrombaram a porta e levou ele pra dentro de casa. Quando a polícia chegou o réu estava na porta da casa dele. O Marlus não vende drogas, ele é apenas usuário. Eu sei que ele usa maconha. O Marlus trabalha de dia em moto táxi e de noite de entregador de pizza. Não sei se ele já teve problemas com a polícia. Sei que o irmão dele já teve problemas com a polícia."

Não se desconhece que a palavra dos policiais que participam de diligências deve merecer credibilidade e validade, todavia, "caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento válido do morador. Entretanto, não se demonstrou preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo". (STJ, 674.139/SP, Relator: Ministro, 6ª Turma, julgado em: 15/02/2022).

Sobre esse tema, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus nº 598.051/SP, em 02/03/2021, por unanimidade, estabeleceu critérios objetivos para o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso no domicílio, que, a meu ver, devem ser

observados como decorrência da constitucionalização do processo penal. A saber:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.
  2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.
  3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.
  4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.
  5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência.
- Portanto, ressaí de forma manifesta e incontroversa que a busca domiciliar realizada no imóvel de não obedeceu aos ditames constitucionais, ofendendo, por conseguinte, a garantia da inviolabilidade do domicílio, razão pela qual todas as provas advindas dessa diligência são ilícitas. Pelo exposto, voto no sentido de acolher a preliminar para reconhecer a ilegalidade da busca domiciliar na residência do réu, por ofensa ao artigo 5º, XI, da CF, determinando o desentranhamento das provas obtidas a partir da sua realização.

Documento eletrônico assinado por , Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 575816v4 e do código CRC ba344e05. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): e Hora: 14/7/2022, às 13:58:25

0004208-05.2020.8.27.2716

575816 .V4

Extrato de Ata

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 05/07/2022

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0004208-05.2020.8.27.2716/TO

INCIDENTE: APELAÇÃO

RELATOR: Juiz

REVISOR: Desembargador

PRESIDENTE: Desembargador

APELANTE: (RÉU)

ADVOGADO: (OAB DF053327)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

Certifico que a 1ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:  
SOB A PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR , A 3ª TURMA JULGADORA DECIDIU, POR MAIORIA, CONHECER DO RECURSO, POIS PRESENTES OS PRESSUPOSTOS E, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO, MANTENDO A SENTENÇA VERGASTADA INCÓLUME. CONDENANDO O RECORRENTE NO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, NOS TERMOS DO VOTO VENCEDOR DO RELATOR, SENDO ACOMPANHADO PELO DESEMBARGADOR . O DESEMBARGADOR EM SEU VOTO VENCIDO, DIVERGIU NO SENTIDO DE ACOLHER A PRELIMINAR PARA RECONHECER A ILEGALIDADE DA BUSCA DOMICILIAR NA RESIDÊNCIA DO RÉU, POR OFENSA AO ARTIGO 5º, XI, DA CF, DETERMINANDO O DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS OBTIDAS A PARTIR DA SUA REALIZAÇÃO.

RELATOR DO ACÓRDÃO: Juiz

Votante: Juiz

Votante: Desembargador

Votante: Desembargador

Secretário

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES

Divergência – GAB. DO DES. – Desembargador .

Pelo exposto, voto no sentido de acolher a preliminar para reconhecer a ilegalidade da busca domiciliar na residência do réu, por ofensa ao artigo 5º, XI, da CF/88, determinando o desentranhamento das provas obtidas a partir da sua realização.