

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700047-65.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: André Luiz Reis Silva Advogado (s): BRUNO HALLA DANEU APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. DESCRIÇÃO DOS FATOS, INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA, INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO ACOLHIMENTO. INGRESSO FORÇADO AMPARADO EM FUNDADAS RAZÕES. APELANTE REINCENTE ESPECÍFICO E PRESO PORTANDO ARMA DE FOGO PRÓXIMO À SUA RESIDÊNCIA. LICITUDE DA PROVA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS PRESTADOS SOB O MANTO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NEGATIVA DE AUTORIA DO ACUSADO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. TESTEMUNHA DE DEFESA QUE NÃO PRESENCIOU A DILIGÊNCIA INTEGRALMENTE. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DOS AGENTES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. JUÍZO PRIMEVO QUE FIXOU AS REPRIMENDAS NO MÍNIMO PREVISTO EM LEI. CONCESSÃO DA MINORANTE ATINENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE REINCENTE ESPECÍFICO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DA PRIMARIEDADE. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0700047-65.2021.8.05.0103, em que figura como apelante ANDRÉ LUIZ REIS SILVA, por intermédio do patrono constituído, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER PARCIALMENTE o recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo todos os termos da sentença combatida, nos termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 5 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700047-65.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: André Luiz Reis Silva Advogado (s): BRUNO HALLA DANEU APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 RELATÓRIO Vistos. Trata-se de recurso de apelação, interposto por ANDRÉ LUIZ REIS SILVA, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA. Narra a denúncia (ID 168780693 – PJE primeiro grau) que: “[...] no dia 14 de janeiro de 2021, por volta das 20h20min, em frente ao Colégio Eduardo Catalão, localizado na Rua Santarém, Bairro da Conquista, nesta cidade e Comarca de Ilhéus, o indiciado foi surpreendido por policiais portando uma arma de fogo tipo revólver, da marca Rossi, calibre 38 Special, com número de série J044535, municiada com 04 (quatro) cartuchos intactos e 2 (dois) picotados. Consta, ainda, que o denunciado, nas mesmas circunstâncias de tempo, no interior de sua residência, tinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização, 07 (sete) invólucros plásticos transparentes contendo a droga vulgarmente conhecida como “crack”, derivada da cocaína, pesando 793,731g (setecentos

e noventa e três gramas, setecentos e trinta e um miligramas), 04 (quatro) invólucros plásticos transparentes contendo a droga popularmente conhecida como “maconha”, pesando 65,676g (sessenta e cinco gramas, seiscentos e setenta e seis miligramas), além de 01 (uma) balança de precisão, e da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais). [...]” Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto como próprio o relatório da sentença, PJE 1º Grau, de ID 168781216, prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal Ilhéus/BA. Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu, ANDRÉ LUIZ REIS SILVA, como incurso nas sanções previstas nos 33, caput da Lei 11.343/2006 e art. 14, da Lei 10.826/2003, na forma do art. 69, do Código Penal. Na dosimetria da pena, o juízo primevo fixou a pena-base em 5 anos de reclusão e em 500 dias-multa para o delito de tráfico de entorpecentes e, para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, fixou-a em 02 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, não considerou a existência de atenuantes, mas a agravante da reincidência fixada em 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, para o delito de tráfico de entorpecentes, e 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, para o delito de porte ilegal de arma de fogo. Por fim, na terceira fase, não foram consideradas causas de aumento, nem mesmo de diminuição da pena. Desse modo, aplicada a regra do art. 69, do Código Penal, o réu foi condenado definitivamente a pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 594 (quinhentos e noventa e quatro) dias-multa. Com fulcro no art. 387, § 2º, do CPP, o d. Juízo promoveu a garantia ao réu do direito de detração do tempo da prisão provisória, que ocorreu desde a data da sua prisão em flagrante, em 14 de janeiro de 2021, devendo tal tempo ser abatido de sua pena. Considerando a pena definitiva e a reincidência do réu, foi imposto a pena de reclusão em regime inicial fechado, deixando-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por não preencher os requisitos do art. 44, I, do Código Penal. Por fim, com supedâneo no art. 91, II, b, do CP, determinou o perdimento, pela natureza dos entorpecentes, da arma de fogo e da munição apreendida. E ainda, com fulcro no disposto no artigo 63 da Lei 11.343/2013, determinou o perdimento do dinheiro apreendido, quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), cuja origem lícita não foi comprovada. Inconformada com o r. decum, a defesa interpôs recurso de apelação (ID nº 168781232 – PJE 1º Grau), no qual sustenta a existência de nulidades processuais, por inépcia da denúncia e em razão da suposta invasão do domicílio do réu. No mérito, aduz sobre ausência de provas suficientes à condenação pelo delito de tráfico de drogas. Em doc. de ID nº 168781235 – PJE 1º Grau, o Ministério Público apresentou Contrarrazões, nas quais requereu o conhecimento do recurso e, no mérito, o seu improvimento. A Procuradoria de Justiça – ID nº 24618964 –, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, a fim de que seja mantida incólume a sentença vergastada. É o relatório que se submete à revisão do Douto Desembargador Revisor, nos termos do art. 613 do Código de Processo Penal. Salvador, 18 de abril de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700047-65.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: André Luiz Reis Silva Advogado (s): BRUNO HALLA DANEU APELADO:

Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 VOTO Vistos. Em análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Em que pese o esforço argumentativo do apelante, verifico que os elementos probatórios colhidos indicam que os fundamentos invocados em sede recursal carecem de respaldo fático e legal. Passo, então, ao enfrentamento das teses recursais. I. DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. Inicialmente, o apelante sustenta que a exordial acusatória não preenche os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal. Defende, assim, que a denúncia é “inepta, pois não expõe com clareza os fatos como aconteceram, não demonstrando a mínima participação do acusado que autorize o seu oferecimento”. De pronto, analisada a peça vestibular, verifica-se que o Ministério Público atendeu todos os requisitos formais exigidos pelo art. 41, do Código de Processo Penal, quando do oferecimento da denúncia. Vejamos (ID 168780693 – PJE primeiro grau): “[...] no dia 14 de janeiro de 2021, por volta das 20h20min, em frente ao Colégio Eduardo Catalão, localizado na Rua Santarém, Bairro da Conquista, nesta cidade e Comarca de Ilhéus, o indiciado foi surpreendido por policiais portando uma arma de fogo tipo revólver, da marca Rossi, calibre 38 Special, com número de série J044535, municiada com 04 (quatro) cartuchos intactos e 2 (dois) picotados. Consta, ainda, que o denunciado, nas mesmas circunstâncias de tempo, no interior de sua residência, tinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização, 07 (sete) invólucros plásticos transparentes contendo a droga vulgarmente conhecida como “crack”, derivada da cocaína, pesando 793,731g (setecentos e noventa e três gramas, setecentos e trinta e um miligramas), 04 (quatro) invólucros plásticos transparentes contendo a droga popularmente conhecida como “maconha”, pesando 65,676g (sessenta e cinco gramas, seiscentos e setenta e seis miligramas), além de 01 (uma) balança de precisão, e da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais)[...]”. Sabe-se, que a peça vestibular acusatória, além dos requisitos formais exigidos no artigo 41, do Código de Processo Penal, deve demonstrar possibilidade jurídica, interesse genuíno e ser apresentada por parte legítima, escorada em elementos de convicção quanto à existência do crime e sua autoria, demonstrando a seriedade e a idoneidade da pretensão, ou seja, justa causa para que se possa instaurar a ação penal. Com efeito, da leitura da peça exordial, percebe-se a clara exposição dos fatos criminosos, constando suas circunstâncias (tráfico de entorpecentes e porte de arma, no dia 14 de janeiro de 2021, em frente ao Colégio Eduardo Catalão, na cidade de Ilhéus). Nota-se, ainda, a qualificação do réu, constando informações pessoais que puderam identificá-lo, tais como, nome completo, RG e data de nascimento. Além disso, a peça oferecida pelo Ministério Público traz em seu bojo o rol de testemunhas, o que propiciou ao apelante o amplo exercício do direito de defesa e contraditório. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INEVIDÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PROPORCIONALIDADE, ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. 1. Verificado que a inicial contém a individualização da conduta dos denunciados, a descrição dos fatos delituosos, a classificação do crime e o rol de testemunhas, de acordo com os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, assegurando-se aos réus o conhecimento da conduta criminosa imputada, constata-se viabilizado o perfeito exercício

do direito de defesa, não podendo ser apontada como inepta a inicial acusatória. [...]. (STJ – HC: 445122 SP 2018/0083205–2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/06/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2018) Desse modo, não há que se falar em denúncia inepta, uma vez que a descrição da conduta criminosa foi feita de forma adequada, de acordo com os indícios e elementos colhidos no curso das investigações, suficiente ao pleno exercício de defesa, com narrativa do fato em circunstâncias relevantes, possibilitando da leitura da peça acusatória a clara compreensão da acusação, nos termos do artigo 41, do Código de Processo Penal. II. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DAS PROVAS. CRIME PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. Em análise dos autos, vislumbro que o apelante sustenta a inexistência de provas para amparar o édito condenatório. No mesmo contexto, aponta que o ingresso dos policiais militares em sua residência fora realizado sem ordem judicial, ou autorização por parte do Apelante. Desse modo, a defesa pugna, “que seja anulado o processo tendo em vista a invasão de domicílio”. Inicialmente, importa registrar que o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Assim, não é apenas a quantidade de entorpecentes que define o tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. Nas palavras de Flávio Gomes: “(...) A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (...) A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132–133.) A respeito das alegações recursais, é forçoso esclarecer, ab initio, que a materialidade delitiva está demonstrada nos autos PJE 1º Grau, ID nº 168780694, às fls. 14, pelo auto de exibição e apreensão, às fls. 18/19, pelo Laudo de Exame Pericial, constatando a presença dos entorpecentes, e às fls. 25/26, pelo Laudo de Exame Pericial da arma de fogo e munições. Acerca da autoria, a prova testemunhal sustenta o édito condenatório proferido. A testemunha JAIRÓ SILVA DO NASCIMENTO, Policial condutor, afirmou em Juízo: “[...] que no dia dos fatos estavam em operação chamada intensificação juntamente com a guarnição do Malhado e foram informados por populares que havia um elemento armado e vendendo drogas perto do Colégio Eduardo Catalão, na Rua Santarém; que disseram o vulgo dele “Salame” e deram as características; que surpreenderam o réu na frente de uma casa; que o réu tinha uma arma na cintura, um 38 com munições; que indagaram a ele acerca das drogas e ele conduziu os policiais até a residência e lá ele próprio informou onde estava a droga dentro do guarda roupas; que apreenderam cocaína, pasta base e maconha, além de dinheiro; que o réu disse que vendia para ele mesmo; que ele disse que a arma era para se defender; que deram voz de prisão e o conduziram até a delegacia; que no momento da abordagem o réu estava na frente da casa na rua; que pessoalmente abordou o réu e pegou a arma na cintura dele; que o próprio réu autorizou a entrada dos policiais na casa (...); que o próprio réu indicou onde estava a droga e os levou até lá; que a droga

estava em uma caixa de sapato e o dinheiro entre as roupas do réu; que também foi apreendida uma balança de precisão; (...) que não chegou a ver o réu vendendo ou passando drogas para terceiro, mas como a informação dava conta de tráfico e apreendeu a arma ele falou quando o indagaram onde estava a droga; que não deu na delegacia o nome da pessoa que fez a denúncia, pois populares tem medo de represália, pois é complicado a pessoa se expor e depois ter que se bater com a pessoa armada; que o réu estava na porta da casa onde encontraram o material ilícito; que trabalham em cima do flagrante delito e em cumprimento de mandado judicial; que campana é trabalho de polícia investigativa; que a prisão foi em flagrante delito; que não tinham mandado [...]" (grifamos). O PM MÁRCIO ALAN SOUZA SALLES declarou em juízo: "[...] Que receberam informação que tinha uma pessoa em frente ao colégio Catalão, armado e praticando tráfico de drogas; que foram ao local e encontraram o denunciado; que na revista pessoal encontraram um revólver calibre 38 com 6 munições; que conversaram com o acusado sobre drogas e ele disse que estava no seu quarto; que o acusado os levou até o quarto dele e mostrou onde estava a droga que era em uma caixa em cima do guarda-roupa e o dinheiro estava dentro do guarda-roupa; que o acusado autorizou a entrada no imóvel [...]" (grifamos) Por sua vez, a testemunha CAIRO SANTOS SOARES, declarou: "[...] que no dia estava acontecendo na cidade uma operação e o comandante recebeu uma informação de populares de que havia uma pessoa armada, vendendo drogas, perto do Colégio Eduardo Catalão; que avistaram o réu e foi feita a revista pessoal e com ele foi encontrado um revólver; que em relação a droga ele disse que estava guardada em uma casa em frente ao colégio; que o réu os levou até esta casa e encontraram a droga; que o próprio réu que levou os policiais até onde estavam as drogas e autorizou o ingresso no imóvel; (...) que a droga estava em cima do guarda roupa em uma caixa de sapato; que o réu admitiu que a droga era ele, assim como a arma; que ele disse que traficava para ele mesmo; que o próprio pai do acusado chegou ao local e acompanhou também; que foi apreendido um material que parecia pasta base, maconha, balança de precisão e dinheiro; que acha que a denúncia foi via cicon e primeiro passaram para o cabo Jairo [...]" (grifamos) Apesar do relato policial e da prova documental, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, embora tenha confessado a posse de arma de fogo, o acusado, ANDRÉ LUIZ REIS SILVA, negou a prática da traficância, tendo afirmado que: "[...] Foi preso dentro de casa e a arma estava em cima da banca; que tinha arma de fogo porque estava sofrendo ameaças mas não usaria arma para tirar a vida de ninguém e a intenção era apenas de assegurar a sobrevivência do interrogado e de seus familiares; que estava dentro da casa da sua avó, tomando banho e quando saiu, chegaram os Policiais sem mandado entrando na sua casa; [...] que os Policiais subiram dizendo que queriam drogas e disseram que o acusado iria morrer; que disse que estava armado e a arma estava em cima da banca; que disse que não tinha drogas na casa; que foi algemado e quando ia descer a escadaria, começou uma gritaria dos Policiais dizendo que tinha droga no local; que foi colocado na viatura e os Policiais foram dizendo que acharam drogas e que a droga era do acusado, mas o interrogado afirma agora em audiência que não lhe pertencia; [...]" (grifamos) A testemunha arrolada pela defesa, DALILA SILVA DUARTE, que presenciou parte da atuação policial, em juízo afirmou que: "[...] Não tem amizade com o acusado mas o conhece; que no dia dos fatos, estava indo levar produtos para a avó do acusado e viu um tumulto, com Policiais em pé por perto [...] que os Policiais disseram que estava ocorrendo uma prisão e perguntaram se a depoente morava no

local e disse que não; que os Policiais permitiram sua entrada; que a mãe e avó do acusado estavam na casa [...] que uma sobrinha perguntou e os Policiais disseram que tinham mandado de prisão e os Policiais disseram que tinham; que viu o acusado somente dentro da casa, sendo preso dentro de casa, pois do lado de fora não estava; que do lado de fora só tinha um carro de Polícia e um carro preto; que não viu os Policiais chegarem, pois quando chegou na casa do acusado, os Policiais já estavam dentro da casa; que não viu o que aconteceu antes da Polícia chegar; que quando chegou ao local, a polícia já estava dentro da casa [...]”. Assim, apesar da negativa da traficância, não pairam dúvidas quanto à conduta criminosa, notadamente, porque os demais elementos de prova apontam pra a efetiva ocorrência do comércio ilegal de entorpecentes, não merecendo, portanto, descrédito a prova oral acusatória produzida em Juízo. Os elementos probatórios coligidos indicaram que os policiais militares, consubstanciados pela presença de fundadas suspeitas, diante denúncia de populares e do estado de flagrância, de maneira efetiva e oportuna, promoveram o ingresso na residência do apelante. Tal ingresso teria ocorrido após autorização do réu, que confessou que possuía entorpecentes em sua morada. A versão do acusado em juízo, todavia, não encontra amparo nos elementos de prova produzidos. Lado outro, a testemunha de defesa sequer presenciou a totalidade da diligência, não sendo razoável e proporcional valorar o seu depoimento acima das declarações dos agentes públicos, cujos atos estão dotados de presunção de legitimidade. É digno observar que, no contexto supramencionado, não há que se falar em invalidade dos elementos probatórios, ao argumento de que foram produzidos com violação à regra posta no artigo 5.º, inciso XI, da Carta Magna. Isso porque a inviolabilidade de domicílio não constitui direito fundamental absoluto, de modo que o próprio texto constitucional aponta as hipóteses fáticas de sua relativização. In casu, como o crime de que trata o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se presente a situação de flagrância, com o que a ação policial não demandava prévia obtenção de mandado de busca, estando autorizados os agentes policiais ao ingresso na casa, inclusive sem autorização do morador. Ademais, os demais elementos apreendidos, como a balança de precisão (ID nº 168780694, fls. 12/13), confirmam a veracidade da denúncia realizada. Tais circunstâncias amparam o ingresso dos agentes de segurança pública na residência do acusado e subsome-me à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, vejamos: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e

deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas.

Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (g.n). Portanto, entendo presentes as fundadas razões para o ingresso na residência, de sorte que inexiste fundamento jurídico para o reconhecimento da nulidade das provas obtidas, sendo legítima a condenação do réu. III. DA DOSIMETRIA DA PENA. Em análise da sentença condenatória, percebe-se que o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu, ANDRÉ LUIZ REIS SILVA, como incurso nas sanções previstas nos 33, caput da Lei 11.343/2006 e art. 14, da Lei 10.826/2003, na forma do art. 69, do Código Penal. Na dosimetria da pena, o juízo primevo fixou a pena-base em 5 anos de reclusão e em 500 dias-multa para o delito de tráfico de entorpecentes e, para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, fixou-a em 02 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa. A este respeito, o apelante requereu a aplicação da pena-base no mínimo legal. Falta, porém, interesse recursal ao recorrente, uma vez que as reprimendas iniciais foram estabelecidas no quantum de pena mínimo e conforme a legislação de regência (artigos 33, da Lei 11.343/06 e art. 14, da Lei nº 10.826/03). Na segunda fase, não se considerou a existência de atenuantes, mas a agravante da reincidência (Certidão de ID 168781212, PJE – primeiro grau), fixada em 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, para o crime de tráfico de entorpecentes, e 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, para o delito de porte ilegal de arma de fogo. Por fim, na terceira fase, não foram consideradas causas de aumento, nem mesmo de diminuição da pena. Neste ponto, a defesa sustenta que o d. Juízo a quo não reconheceu a redução do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A este respeito, sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do “traficante privilegiado”, também denominada de “traficância eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275). Assim estabelece o

texto legal: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.) Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é uniforme quanto à necessidade de preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, pelo réu, para que este faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese: “A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”. (g.n.) (Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 320701/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 11/09/2015; AgRg no AREsp 685490/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 20/08/2015, DJE 28/08/2015; AgRg no AREsp 469304/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 04/08/2015, DJE 20/08/2015). In casu, a negativa de concessão da minorante está devidamente justificada, uma vez atestado através da Certidão de ID 168781212, PJE – primeiro grau, que o apelante já fora condenado, nos autos de nº 0300462-60.2014.8.05.0103, pela prática do crime do art. 33, da lei 11.343/06, com decisão transitada em julgado em 05/02/2019, data anterior à prática dos crimes apurados nestes autos. Constatada a reincidência, nos termos do art. 63 e 64, do Código Penal, infere-se que o apelante não preenche o requisito da primariedade, indispensável à fruição da benesse do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Desse modo, aplicada a regra do art. 69, do Código Penal, o réu foi condenado definitivamente a pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 594 (quinhentos e noventa e quatro) dias-multa. Por fim, inviável o acolhimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ante ao quantum de pena aplicado, haja vista encontrar óbice no que dispõe o art. 44, I, do CP. IV. DA CONCLUSÃO Ante o exposto, acolho o pronunciamento emitido pela d. Procuradoria de Justiça (ID nº 24618964) e voto pelo CONHECIMENTO PARCIAL E IMPROVIMENTO do recurso, mantendo-se in totum a sentença combatida. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR