

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013220-96.2022.8.05.0274 Órgão
Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JULIA BIANCA DOS
SANTOS ADAO Advogado (s): JOAO CARLOS CARCANHOLO (OAB:SP36760), MARIA
ELIDE CARCANHOLO (OAB:SP72374) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA
BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: MARCELO PINTO DE ARAÚJO PROCURADOR DE JUSTIÇA:
DANIEL DE SOUZA OLIVEIRA NETO

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL. RÉ CONDENADA A 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT C/C ART. 40, V, TODOS DA LEI 11.343/2006.

1. PLEITO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO CAPÍTULO QUE DEIXOU DE ACOLHER TESE DEFENSIVA DE ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. NÃO ACOLHIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES.
2. PEDIDO DE ANULAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA BUSCA PESSOAL REALIZADA PELOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. NÃO ALBERGADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APÓS A LOCALIZAÇÃO DA DROGA NO BAGAGEIRO DE ÔNIBUS DE LINHA INTERESTADUAL, POR MEIO DE CÃES FAREJADORES, HOVE ENTREVISTA DOS AGENTES POLICIAIS COM OS PASSAGEIROS, E A DEMONSTRAÇÃO DE NERVOSISMO E INCONSISTÊNCIA NAS RESPOSTAS DA ACUSADA, QUE, ADEMAIS, APRESENTOU DOCUMENTO DE IDENTIDADE DE PESSOA DIVERSA, CULMINANDO, POR FIM, EM CONFESSAR A PRÁTICA DELITUOSA. FUNDADA SUSPEITA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.
3. NO MÉRITO, PEDIDO DE REFORMA DA DOSIMETRIA. PARCIALMENTE ACOLHIDO. PENA-BASE REDUZIDA, EM RAZÃO DO AFASTAMENTO DOS MOTIVOS DO CRIME, POIS O LUCRO FÁCIL DECORRENTE DA TRAFICÂNCIA É ELEMENTAR DO TIPO. REMANESCENTE A QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGA (DEZESSETE QUILOS DE MACONHA). NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA, EXISTE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA, CONDUZINDO A REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL. INCIDE A MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO V DA LEI N. 11.343/2006, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). EM QUE PESE SE TRATAR DE CRIME INTERESTADUAL, NÃO SE VERIFICA MAIOR PERICULOSIDADE DA ACUSADA, OU INDICAÇÃO DE QUE SEJA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DEDICADA A ATIVIDADES CRIMINOSAS, SENDO LÍCITA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO DA PENA PARA 01 (UM) ANO, 11

(ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS, ALÉM DE 194 (CENTO E NOVENTA E QUATRO) DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA A PENA DE RECLUSÃO POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.

4. APELAÇÃO CONHECIDA, REJEITADAS AS PRELIMINARES, E NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n.

8013220-96.2022.8.05.0274, em que figuram como apelante JULIA BIANCA DOS SANTOS ADAO e apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

ACORDAM os magistrados integrantes da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por CONHECER DA APELAÇÃO, REJEITAR PRELIMINARES DE NULIDADE, E NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto da Relatora.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 30 de Abril de 2024.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013220-96.2022.8.05.0274

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: JULIA BIANCA DOS SANTOS ADAO

Advogado (s): JOAO CARLOS CARCANHOLO (OAB:SP36760), MARIA ELIDE CARCANHOLO (OAB:SP72374)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROMOTOR DE JUSTIÇA: MARCELO PINTO DE ARAÚJO

PROCURADOR DE JUSTIÇA: DANIEL DE SOUZA OLIVEIRA NETO

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação interposta por JÚLIA BIANCA DOS SANTOS ADÃO em face da sentença oriunda da 3ª Vara Criminal de Vitória da Conquista, que condenou a Apelante a 7 (anos) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa à razão de 1/30 de salário mínimo vigente, em virtude da prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c o artigo 40, V, todos da lei 11.343/2006.

Narrou a Denúncia:

"De acordo com o Inquérito Policial anexo, no dia 25 de agosto de 2022, por volta das 16h50min, no KM 830 da BR 116, no Posto da Polícia Rodoviária Federal, unidade do município de Vitória da Conquista/BA, a denunciada foi presa em flagrante delito por transportar, para fins de tráfico, 30 (trinta) tabletes de substância análoga à maconha, com massa bruta total de 17.250 g (dezessete quilos e duzentos e cinquenta gramas), sem que tivesse autorização legal ou regulamentar para tanto, acondicionados em duas malas, uma de cor cinza e outra de cor marrom, acomodadas aos pés da poltrona da denunciada, no interior do ônibus da empresa CETRO, com placa policial RCY 3D12, com itinerário São Paulo/SP x Aurora/PE, caracterizando o tráfico entre Estados da Federação.

Conforme ressoa do caderno investigativo, no dia e horário mencionados, durante operação "Nordeste Seguro – Cão de Faro VII", policiais rodoviários federais realizavam fiscalização de rotina quando abordaram o ônibus da empresa CETRO, com placa policial RCY 3D12, com itinerário São Paulo/SP x Aurora/PE. Realizada revista com a utilização de cães de faro, logrou-se sinal positivo para entorpecentes em duas malas que estavam acondicionadas no bagageiro externo.

Em razão disso, os agentes federais estenderam a operação para o interior do ônibus, e, ao vistoriá-lo, lograram encontrar outras duas malas, uma de cor cinza e outra de cor marrom, aos pés da poltrona 34, ocupada pela passageira JÚLIA BIANCA DOS SANTOS ADÃO, contendo, cada uma, 15 (quinze) tabletes de substância análoga à maconha, com massa bruta total de 17.250 g (dezessete quilos e duzentos e cinquenta gramas), sem que tivesse autorização legal ou regulamentar para tanto.

Questionada, a denunciada admitiu que estava transportando a droga para a cidade de Recife/PE, a pedido de um desconhecido, e que receberia 10.000,00 (dez mil reais) em pagamento pelo transporte.

Diante do exposto, JÚLIA BIANCA DOS SANTOS ADÃO resultou incurso no artigo 33, caput, c/c art. 40, inc. V, da Lei 11.343/06. Por esta razão, vem o Ministério Público do estado da Bahia DENUNCIÁ-LA, para o fim de instauração da competente ação penal, determinando-se inicialmente a notificação da denunciada para apresentar, no prazo de lei, a sua defesa prévia e, em seguida, após o recebimento da denúncia, a citação para ser interrogada e, querendo, acompanhar o processo-crime, dando-se em seguida prosseguimento ao feito até os seus ulteriores termos."

Após regular instrução, sobreveio a sentença invectivada de ID 56171616, tendo a Defesa interposto Apelação. Em Razões Recursais (ID 58402597), requer que seja reconhecida nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, no tocante à alegada ilicitude das provas obtidas mediante abordagem policial indevida. Aduz, ainda, nulidade decorrente da ilicitude das provas colhidas durante a abordagem policial ilegal, cujo vício teria se espalhado por todo o feito. Requer, na fase dosimétrica, redução da

pena basilar, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, afirmando que a acusada preenche os requisitos legais para a redução da pena.

Em Contrarrazões, o membro do Ministério Público pugnou pela manutenção do decreto condenatório objurgado. (ID 58602492)

A Procuradoria de Justiça manifestou-se para que seja redimensionada a pena na primeira fase da dosimetria e aplicada a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado. (ID 59227842)

Impende destacar que a sentença ora objurgada foi exarada após anulação de anterior decreto condenatório por esta Turma Criminal, por meio de Acórdão que acolheu a nulidade ventilada pela Defesa, decorrente da ausência de análise da questionada ilicitude da prova obtida por busca pessoal. (ID 45883470)

Relatados os autos, encaminhei o feito ao nobre Revisor.

Salvador/BA, 10 de abril de 2024.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relatora

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013220-96.2022.8.05.0274

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: JULIA BIANCA DOS SANTOS ADAO

Advogado (s): JOAO CARLOS CARCANHOLO (OAB:SP36760), MARIA ELIDE CARCANHOLO (OAB:SP72374)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROMOTOR DE JUSTIÇA: MARCELO PINTO DE ARAÚJO

PROCURADOR DE JUSTIÇA: DANIEL DE SOUZA OLIVEIRA NETO

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta por JÚLIA BIANCA DOS SANTOS ADÃO em face da sentença oriunda da 3ª Vara Criminal de Vitória da Conquista, que condenou a Apelante a 7 (anos) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa à razão de 1/30 de salário mínimo vigente, em virtude da prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c o artigo 40, V, todos da lei

11.343/2006.

Presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço da presente Apelação.

Narrou a Denúncia:

“De acordo com o Inquérito Policial anexo, no dia 25 de agosto de 2022, por volta das 16h50min, no KM 830 da BR 116, no Posto da Polícia Rodoviária Federal, unidade do município de Vitória da Conquista/BA, a denunciada foi presa em flagrante delito por transportar, para fins de tráfico, 30 (trinta) tabletes de substância análoga à maconha, com massa bruta total de 17.250 g (dezessete quilos e duzentos e cinquenta gramas), sem que tivesse autorização legal ou regulamentar para tanto, acondicionados em duas malas, uma de cor cinza e outra de cor marrom, acomodadas aos pés da poltrona da denunciada, no interior do ônibus da empresa CETRO, com placa policial RCY 3D12, com itinerário São Paulo/SP x Aurora/PE, caracterizando o tráfico entre Estados da Federação.

Conforme ressoa do caderno investigativo, no dia e horário mencionados, durante operação “Nordeste Seguro – Cão de Faro VII”, policiais rodoviários federais realizavam fiscalização de rotina quando abordaram o ônibus da empresa CETRO, com placa policial RCY 3D12, com itinerário São Paulo/SP x Aurora/PE. Realizada revista com a utilização de cães de faro, logrou-se sinal positivo para entorpecentes em duas malas que estavam acondicionadas no bagageiro externo.

Em razão disso, os agentes federais estenderam a operação para o interior do ônibus, e, ao vistoriá-lo, lograram encontrar outras duas malas, uma de cor cinza e outra de cor marrom, aos pés da poltrona 34, ocupada pela passageira JÚLIA BIANCA DOS SANTOS ADÃO, contendo, cada uma, 15 (quinze) tabletes de substância análoga à maconha, com massa bruta total de 17.250 g (dezessete quilos e duzentos e cinquenta gramas), sem que tivesse autorização legal ou regulamentar para tanto.

Questionada, a denunciada admitiu que estava transportando a droga para a cidade de Recife/PE, a pedido de um desconhecido, e que receberia 10.000,00 (dez mil reais) em pagamento pelo transporte.

Diante do exposto, JÚLIA BIANCA DOS SANTOS ADÃO resultou incurso no artigo 33, caput, c/c art. 40, inc. V, da Lei 11.343/06. Por esta razão, vem o Ministério Público do estado da Bahia DENUNCIÁ-LA, para o fim de instauração da competente ação penal, determinando-se inicialmente a notificação da denunciada para apresentar, no prazo de lei, a sua defesa prévia e, em seguida, após o recebimento da denúncia, a citação para ser interrogada e, querendo, acompanhar o processo-crime, dando-se em seguida prosseguimento ao feito até os seus ulteriores termos.”

A Defesa requereu que seja reconhecida nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, no tocante à alegada ilicitude das provas obtidas mediante abordagem policial indevida. Aduziu, ainda, nulidade decorrente da ilicitude das provas colhidas durante a abordagem policial ilegal, cujo vício teria se espalhado por todo o feito. Postulou, na fase dosimétrica, redução da pena basilar, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, afirmando que a acusada preenche os requisitos legais para a redução da pena.

Passa-se à análise dos temas sob os tópicos abaixo.

1. Da alegada ausência de fundamentação da sentença condenatória

Discorre, a Defesa, que a sentença condenatória é nula, pois não enfrentou a tese defensiva da ilicitude das provas obtidas mediante busca pessoal, a qual teria se dado em desconformidade com o que dispõe o art. 244 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, é necessário recordar que a sentença ora objurgada foi exarada após anulação de anterior decreto condenatório por esta Turma Criminal, ao acolher nulidade ventilada pela Defesa, decorrente da ausência de análise da questionada ilicitude da prova obtida por busca pessoal. (ID 45883470)

Nesse passo, o novo decreto condenatório analisou a questão suscitada, nos seguintes termos:

"Preliminarmente, em cumprimento a determinação do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, passo a apreciar a legalidade ou não da prova obtida durante atuação policial.

Registre, que em recente decisão sobre o tema, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, assim se manifestou, in verbis:

RE 1447939 / SP – SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 16/08/2023

Publicação: 22/08/2023

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21/08/2023 PUBLIC 22/08/2023

Partes

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA RECDO.(A/S) : DAVID ALISSON SOUZA AMORIM RECDO.(A/S) : SERGIO MURILO FERREIRA SANTOS PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: INC. XI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AFRONTA À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da Republica contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual negado provimento ao Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 596.705/SP, Relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental

à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ: REsp n. 1.574.681/RS.

3. Não houve, no caso, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local, a afastar a hipótese de que se tratava de averiguação atual acerca da ocorrência de tráfico naquele lugar. Da mesma forma, não se fez menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. O fato de um indivíduo (que nem sequer era um dos acusados), após avistar os policiais, haver corrido para local desconhecido, não constitui uma situação justificadora do ingresso em domicílios alheios à procura dele, até porque esse comportamento pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar portando ou comercializando substância entorpecente.

4. Em que pese a alegação dos militares de que viram drogas em cima da pia na primeira casa e de que houve autorização (não comprovada) da moradora para o ingresso, cabe frisar que a ilicitude da diligência teve início já no momento em que os policiais cruzaram o portão externo do imóvel, uma vez que a inviolabilidade domiciliar não resguarda apenas a área construída do lar, mas também o quintal situado no interior do terreno e separado da via pública por muros, cercas e portões. Com efeito, a narrativa dos agentes públicos consignada na sentença deixa claro que se tratava de um único imóvel fechado (tanto que separado da rua por um portão) onde foram construídas três casas geminadas separadas por paredes de alvenaria para moradia da mesma família (em uma morava o réu Sérgio, em outra morava seu cunhado e, na terceira, sua mãe), situação frequente em comunidades periféricas em contexto de vulnerabilidade social.

5. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

6. Agravo regimental não provido” (fls. 1-3, e-doc. 16).

2. O recorrente alega ter o Superior Tribunal de Justiça contrariado o inc. XI do art. 5º da Constituição da República, pela pretensa divergência com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616 (Tema 280 da repercussão geral).

Ressalta “que o objeto do presente recurso (relativização da inviolabilidade de domicílio, quando amparada em fundadas razões) é exclusivamente jurídico, situação que torna desnecessário o reexame de elementos probatórios dos autos, não esbarrando, por conseguinte, no óbice da Súmula 279 desse Supremo Tribunal Federal” (fl. 6, e-doc. 18).

Argumenta “que, tratando-se o crime de tráfico de entorpecentes de crime de natureza permanente, o agente permanece em estado de flagrância enquanto durar a permanência, o que autoriza a entrada dos policiais no

imóvel, sem mandado judicial, desde que presentes fundadas razões (justa causa) acerca da ocorrência de crime em momento anterior à invasão do domicílio” (fl. 8, e-doc. 18).

Narra “que policiais militares realizavam patrulhamento em uma comunidade quando viram um indivíduo se evadir ao notar a presença da guarnição. Passaram, então, a persegui-lo e procurá-lo em vielas até que depararam com um portão aberto que dava acesso a um imóvel dentro do qual havia três casas separadas apenas por paredes. Desconfiados de que o suspeito poderia haver se escondido no local, entraram no referido imóvel e foram até uma das casas, onde visualizaram, pela porta entreaberta, um tijolo de maconha em cima da pia. A partir desse momento, os agentes teriam, com autorização da moradora, companheira do Recorrido, realizado buscas e encontrado mais drogas, o que motivou a extensão da diligência na casa ao lado, onde também autorizados pelo morador, encontraram mais entorpecentes” (fl. 8, e-doc. 18).

Assinala que “foi apreendido com Sérgio Murilo Ferreira Santos 26,9kg (vinte e seis quilogramas e novecentos gramas de maconha, acondicionados em 34 (trinta e quatro) tijolos; 60,6g (sessenta gramas e seis decigramas) de maconha, acondicionados em 119 (cento e dezenove) porções individuais; e 127,5g (cento e vinte e sete gramas e cinco decigramas) de cocaína, acondicionadas em 679 (seiscentos e setenta e nove) pinos plásticos contendo a droga em pó, 110 (cento e dez) papelotes contendo a droga em pó, e uma pedra de ‘crack’. Ademais, foi apreendido com David Alisson Souza Amorim 772,5g (setecentos e setenta e dois gramas e cinco decigramas) de maconha. Veja-se que houve fundadas razões para justificar o ingresso dos policiais na residência do recorrido, eis que fundada em notícia de crime permanente” (fl. 8, e-doc. 18).

Assevera “justificado o ingresso na residência e legítima a colheita das provas ali descobertas, pois válida a abordagem policial, que motivou o ingresso domiciliar, que foi precedida de informação prévia de que os recorridos armazenavam drogas no local e pela visualização, antes do ingresso domiciliar de um tijolo de maconha em cima da pia” (fl. 8, e-doc. 18).

Sustenta que “houve fundadas razões para o ingresso no domicílio (CPP, art. 240, § 1º), devidamente justificadas a posteriori, hábeis a indicar que no interior no sítio em que estava sendo praticada a traficância, em estado de flagrante delito, razão pela qual inexistente qualquer ilegalidade” (sic, fl. 10, e-doc. 18).

Aponta “que o acórdão recorrido anulou provas obtidas mediante a lícita busca e apreensão domiciliar. Tal entendimento não encontrando amparo na jurisprudência desse STF relativo ao alcance do art. 5º, XI, da CF” (fl. 10, e-doc. 18).

Pede “o regular processamento do feito para que, admitido o presente recurso extraordinário, seja ele encaminhado ao Supremo Tribunal para, ao final, ser conhecido e provido, reformando-se o acórdão recorrido” (fl. 11, e-doc. 18).

3. Os recorridos, assistidos pela Defensoria Pública de São Paulo, apresentam contrarrazões ao recurso extraordinário (e-doc. 20).

Defendem a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, porque “não [teria] logr[ado] êxito o Ministério Público Federal recorrente em demonstrar em que sentido a concessão de uma ordem de habeas corpus que garantiu a inviolabilidade do domicílio do paciente pode violar o artigo constitucional que justamente garante a inviolabilidade do mesmo” (fl. 5, e-doc. 20).

Suscitam a falta de prequestionamento (fls. 6-7, e-doc. 20).

Enfatizam a necessidade de “análise fático-probatória, do processo e da condenação, procedimento não permitido em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF” (fl. 7, e-doc. 20).

Realçam que “o que fez o v. Acórdão do C. STJ foi analisar o habeas corpus nos seus aspectos formal e material, e decidir preservando o princípio da inviolabilidade do domicílio e reconhecendo a ilicitude do conjunto probatório decorrente do ingresso ilícito na moradia dos acusados, tudo em plena conformidade com o estampado no artigo 5º XI, LVI, da CF” (fl. 8, e-doc. 20).

Pedem “a não admissão do Recurso Extraordinário interposto e, caso admitido, não seja conhecido por falta de prequestionamento e por necessidade de revolvimento fático-probatório. Por fim, se conhecido, que lhe seja negado provimento em virtude da ausência de qualquer contrariedade à Constituição Federal” (fl. 9, e-doc. 20).

Examinados os elementos havidos no processo, DECIDO.

4. Razão jurídica assiste ao recorrente.

5. Tem-se no processo que o juízo da Vigésima Sétima Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP condenou os recorridos, David Alisson Amorim e Sérgio Murilo Ferreira Santos, pela prática do delito previsto no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de entorpecente), na Ação Penal n. 1512543-92.2019.8.26.0228/SP (e-doc. 4). Quanto ao ingresso dos policiais na residência dos recorridos, constou da sentença:

“Consta da denúncia que os réus Sérgio Murilo e David Alisson são cunhados e vizinhos, residindo em dois imóveis existentes em um mesmo terreno em que há três casas construídas, separadas apenas por paredes de alvenaria. Além disso, ambos realizam o tráfico de drogas, pelo que os dois possuíam, em seus imóveis, entorpecentes. Ocorre que na data dos fatos policiais militares estavam em patrulhamento no ‘campinho’ da comunidade conhecida como ‘Ponta da Praia’ quando suspeitaram de um indivíduo que, ao vê-los, rapidamente adentrou em uma viela que desemboca na Rua Paulo Augusto Signore. Os policiais militares foram atrás desse indivíduo desconhecido, mas o perderam de vista na referida rua, sendo que, no número 77 da via os milicianos viram que no mesmo terreno haviam três casas simples, separadas apenas por paredes, e uma delas estava entreaberta. Suspeitando que o indivíduo que procuravam houvesse entrado no local, os policiais militares foram verificar o imóvel e avistaram, pela porta, um tijolo de maconha em cima da pia. Os policiais militares, então, adentraram na casa e foram recebidos pela testemunha Victoria, que disse morar no local, e negou que alguém houvesse acabado de ingressar no imóvel. Com relação ao tijolo de maconha sobre a pia, a testemunha alegou que pertencia a seu marido – o acusado Sérgio Murilo, que não se encontrava no imóvel no momento dos fatos – e indicou onde havia mais entorpecentes, embaixo da cama e em uma sapateira, totalizando a apreensão de trinta e quatro) tijolos de maconha, cento e dezenove porções individuais de maconha, seiscentos e setenta e nove pinos plásticos contendo cocaína em pó, 110 cento e dez papелotes contendo cocaína em pó, e uma pedra de ‘crack’. Foi encontrada, ainda, uma balança de precisão. Os policiais, então, se dirigiram para o imóvel vizinho, que também estava com a porta entreaberta, e foram atendidos pelo réu David Alisson, que confirmou que o morador da casa ao lado era seu cunhado, e inquirido sobre a existência de drogas no seu imóvel respondeu que havia apenas uma trouxinha de maconha na geladeira, e após David Alisson franquear a revista, referida trouxinha de maconha foi encontrada no local indicado. Porém, os policiais acharam, ainda, um saco de

'eppendorfs' vazios em uma cômoda ao lado da televisão, e indagaram o acusado David Alisson sobre tais objetos, tendo ele respondido que pertenciam ao seu cunhado Sérgio Murilo. No interior do fogão da residência, dentro de um saco preto no qual havia uma sacola de pano, os policiais acharam um tijolo de maconha envolvido em fita amarela e uma faca embrulhados em uma blusa vermelha, estando o tijolo já sem uma pequena porção. O réu David Alisson declarou que desconhecia a existência de tal tijolo de maconha, mas disse que a blusa vermelha que o envolvia pertencia à sua esposa Mariana – que, ao chegar ao local, confirmou ser sua a blusa vermelha, afirmando que a droga pertencia ao acusado David Alisson. Diante disso David Alisson, as testemunhas Victoria e Mariana, e as drogas e demais objetos, foram levados para a delegacia de polícia. Na delegacia de polícia a testemunha Mariana confirmou que a blusa vermelha lhe pertence, mas afirmou que o tijolo de maconha encontrado embrulhado nesta não é seu, nem de seu marido, acreditando pertencer a seu irmão Sérgio Murilo (fls. 19). Já a testemunha Victoria – que foi indiciada pela Autoridade Policial, e interrogada – declarou que na data dos fatos dormia em casa quando foi surpreendida pelos policiais militares em sua residência, sendo que sabia que embaixo da cama haviam drogas, que pertencem a seu companheiro Sérgio Murilo, desconhecendo os demais entorpecentes achados na casa, e que apesar de brigada com ele, continua morando com ele por não ter outro lugar para ir com seu filho, de um ano e quatro meses (fls. 07). O réu David Alisson declarou que foi acordado na manhã dos fatos, por volta de 09 horas, pelos policiais militares, querendo saber se havia drogas no imóvel, e respondeu ter apenas uma porção de maconha na geladeira. Afirmou que os 'eppendorfs' vazios achados na sua casa são de seu cunhado Sérgio Murilo. Negou que houvesse um tijolo de maconha em seu fogão, afirmando que tal droga foi plantada pelos milicianos, sendo certo que a blusa e o pano nos quais o tijolo de maconha estavam envolvidos não pertencem nem a ele nem à sua companheira (fls. 13). Ofertada denúncia, foi determinada a notificação dos réus para ofertar defesa preliminar e, com a juntada destas, houve recebimento da denúncia, determinação de citação dos acusados e designação de audiência una. Na instrução do feito foram ouvidas quatro testemunhas comuns os réus foram interrogados. Laudo de exame químico toxicológico foi juntado a fls. 211/214 e boletim de ocorrência da Polícia Militar foi juntado a fls. 215/229. A pedido do Ministério Público foram juntadas cópias do processo 1504215-76.2019.8.26.0228, da 19ª Vara Criminal. É o relato do necessário. NO MÉRITO, a ação penal deve ser julgada procedente. Com efeito, a materialidade do delito encontra-se devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante, Boletim de Ocorrência, auto de exibição e apreensão e laudos de constatação e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 211/214, que comprovam que as substâncias apreendidas eram maconha e cocaína. Da mesma forma, diante do conjunto probatório coligido, restou comprovada a autoria delitiva. Senão, vejamos: O policial militar Tenente Nicácio declarou na data dos fatos estavam em patrulhamento em uma comunidade conhecida como Ponta da Praia quando viram um indivíduo que se evadiu ao vê-los e, suspeitando de algo, foram atrás dele, até que ele desapareceu em uma viela. começaram a vistoriar as casas em volta viram a residência com o portão semiaberta há uma espécie de vila, um terreno com várias casas, ou uma casa dividida em três porta semiaberta viram um tijolo de maconha em cima da pia de fora já dava para ver bateram na porta e foram atendidos pela testemunha Vitória ela negou que houvesse entrado alguém na casa. Perguntaram do tijolo de maconha disse que pertencia à seu

marido Sérgio que não estava lá. Ela mostrou onde havia mais drogas. Perguntaram da casa do lado, ele disse que era de familiares, e que lá estava o réu David. Ele foi chamado, disse que não vira ninguém entrar na casa. Perguntaram de drogas, e o réu David disse que havia uma porção na geladeira. Foram lá e acharam. Ele disse que não havia mais drogas, mas seu parceiro achou uma sacola com eppendorfs vazios. Ele disse que tais pinos eram do réu Sérgio. Continuando a revista, seu parceiro achou um tijolo de maconha escondido no fogão, embrulhado em uma blusa. O réu disse que a blusa era da esposa, mas que desconhecia o tijolo de maconha. Pouco depois a esposa do réu David chegou e disse que a blusa era dela, e que a droga era do acusado. Na primeira casa havia na despensa mais de trinta tijolos de maconha, que foi mostrado pela testemunha Vitória. Embaixo da cama a testemunha mostrou mais entorpecentes, crack e cocaína, eppendorfs vazios e balança de precisão. Ela disse que era tudo do marido dela, o réu Sérgio. Havia uma certa quantia em dinheiro que a testemunha Vitoria disse que era do marido da venda de drogas. Ela disse que sabia que o marido vendia drogas até pelo cheiro do entorpecente. Na segunda casa a porção na geladeira era maconha, e o tijolo de maconha estava dentro do forno. O réu David disse que não sabia dessa droga. Como dito, a esposa chegou depois, e confirmou que a blusa que envolvia as drogas era dela, e que as drogas eram de seu marido. O marido da primeira casa nem apareceu. Não entraram na terceira casa, porque saiu uma senhora que disse que era mãe de Sérgio, e não viram necessidade de entrar na casa dela. Ela não acompanhou as buscas, que foram acompanhadas apenas pelo réu David e pela testemunha Victoria. (...) Na primeira casa a porta estava entreaberta, uns dez ou quinze centímetros, mas mesmo assim bateram. Ela autorizou a entrada no imóvel, e mostrou o restante dos entorpecentes. (...) O réu Sérgio admitiu que tinha guardadas as drogas mencionadas na denúncia. Afirma que os policiais invadiram sua residência, sem mandado nem nada. Não estava lá quando dos fatos, ficou sabendo porque tem câmeras na rua e os vizinhos falaram. No dia dos fatos havia saído para a rua cedo, como estava usando muita drogas, havia se comprometido com os donos da favela de guardar entorpecentes em sua casa, para não ser morto por conta de sua dívida de drogas. Sua esposa não tinha ciência de que as drogas se encontravam na sua casa. Devia cinco mil reais para os traficantes, que o estavam pressionando. Sua esposa, sua irmã, seu cunhado – o corréu – e sua mãe nada tem a ver com isso (...) É mentira que a porta estivesse entreaberta, e que houvesse drogas em cima da pia, eles invadiram sua casa, quebraram o cadeado. Eles pegaram um tijolo da sua casa e plantaram na casa de seu irmão. Ele pegou uma blusa do varal e embrulhou no tijolo, e pôs no fogão da casa do seu cunhado. Foi sua mãe quem lhe contou isso (...) As drogas eram de Japonês da comunidade, que pode ser encontrado próximo da Praça da Vila Dalva. Não sabe o nome e endereço de Japonês. (...) O réu David Alisson negou a prática delitiva. Afirmou estar sendo incriminado. Estava há um mês na rua, porque foi condenado por tráfico de drogas, e estava esperando sua carteirinha para assinar. Por volta de 21 horas os policiais invadiram sua residência, disseram que a casa havia caído, e que havia drogas no local. como é usuário de maconha, possuía uma porção de maconha (...) Desse modo, restou a palavra dos policiais contra a palavra dos réus, sendo certo que não vislumbro motivos para crer que os policiais militares teriam ‘plantado’ as drogas na casa de David Alisson e, assim fazendo, não apenas incorressem em crime como realizassem verdadeira encenação, abrindo um tijolo de maconha encontrado na casa de Sérgio Murilo, neste colocando uma faca, cortando um pedaço e ido buscar uma blusa da esposa do réu David

Alisson para embrulhar o entorpecente, não havendo motivos para que assim agissem. Saliente-se que os policiais foram firmes em narrar como se deram os fatos, não se podendo admitir que eles, que não conheciam o ré David Alisson antes dos fatos, e apenas porque ele tem condenações anteriores, e não encontrassem Sérgio Murilo, resolvessem cometer crime e incriminá-lo. Saliente-se que não há qualquer impedimento ou suspeição, a priori, no depoimento de policiais, sendo certo que a alegação de má conduta dos agentes policiais deve vir amparada em algum elemento de prova. Nesse sentido já entenderam os Tribunais Pátrios: (...) Assim, devidamente comprovado que tanto Sérgio Murilo como David Alisson tinham entorpecentes em suas residências, o primeiro em maior quantidade, e o segundo um tijolo de maconha. E, por tudo o que foi apurado, e dada a quantidade e diversidade dos entorpecentes, comprovado ainda que estes se destinavam a entrega a terceiros. Ante o exposto, requeiro a CONDENAÇÃO dos réus nos termos da denúncia" (fls. 3-11, e-doc. 4).

6. Interposta apelação criminal pela defesa e pela acusação, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a alegação de ilicitude das provas, nestes termos:

"De início, afasto a alegação de atipicidade das condutas, diante da suposta ilegalidade da prova.

O Col. Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

Na hipótese dos autos, os policiais tomaram a atitude excepcional após desconfiarem que um indivíduo suspeito teria adentrado uma das residências, ocasião em que, autorizados pela moradora, companheira do acusado Sérgio, realizaram vistoria no imóvel, onde encontraram expressiva quantidade de variados entorpecentes e diversos petrechos. Em seguida, rumaram à moradia vizinha, oportunidade em que novamente foram autorizados pelo morador, nesse caso o corréu David, tendo sido apreendidas outras diversas porções de maconha, além de eppendorfs vazios (vide gravações armazenadas nos autos: Daniel 1'10'' e 2'21''; Nicacio 3'29'' e 11'34''). Consigno, a propósito, que as assertivas trazidas pelos policiais não podem ser desprezadas somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança pública (CF, art. 144), ou porque participaram da diligência que levou à prisão dos réus, especialmente quando os termos das inquirições revelam serem pessoas idôneas e insuspeitas (HC nº. 74.608-0/ SP, rel. Min. Celso de Mello).

Nem há qualquer circunstância que autorize suscitar, sequer, dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal, sendo, portanto, tais depoimentos válidos como meio de prova.

Tais narrativas, aliás, não foram contrariadas pelos demais elementos probatórios, pois a alegação formulada pelos irrogados, apenas em Juízo, de que os agentes públicos supostamente teriam ingressado em suas moradias sem consentimento, não foi demonstrada.

Importante destacar que as testemunhas Victoria e Mariana, que participaram da abordagem realizada na data dos fatos, optaram por não prestar depoimento em juízo, cf. Lhes autoriza o artigo 206 do Cód. de Processo Penal (gravações armazenadas nos autos).

E, na Delegacia, Victoria nada alegou a respeito da suposta violação de

domicílio, confirmando apenas a apreensão das substâncias proscritas em sua moradia, sob a alegação de que pertenciam ao companheiro (cf. fl. 15). Cumpre ainda destacar que, apesar de o irrogado Sérgio ter afirmado, em seu interrogatório judicial, ter sido avisado por vizinhos ou pela mãe acerca das supostas ilegalidades praticadas pelos policiais, não apresentou qualquer elemento probatório a respeito, limitando-se a Dra. Defensora Pública a arrolar as mesmas testemunhas de acusação (cf. fl. 176), pois, pese tenha ressaltado a possibilidade de eventual substituição ou complementação do rol, tal circunstância jamais ocorreu.

A propósito de caso assemelhado, o Col. Pretório Excelso reconheceu a justa causa necessária para adoção daquela medida, confira-se o ARE 1131415 AgR/SP, j. 7.8.2018, no qual consta que o v. acórdão recorrido, proveniente desta E. Corte Estadual, assim predicou: ‘(...) O ingresso na residência nessas circunstâncias é autorizado pela própria ordem constitucional, que relativiza a garantia da inviolabilidade na hipótese de flagrante delito, conferindo legitimidade a atuação dos agentes públicos diante da existência de crime permanente, no caso, o tráfico de drogas na conduta de ‘guardar’ (...)’ (‘verbis’). Seguindo a mesma inteligência, o E. Superior Tribunal de Justiça recentemente enfrentou a questão em feito análogo, a saber:

‘(...) o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. (...) os autos informam que o ingresso foi consentido pelo réu, retirando do fato qualquer mácula capaz de ensejar o reconhecimento de nulidade do procedimento policial. Desse modo, não há que se falarem violação de domicílio ou em encontro fortuito de evidências de prática criminosa no caso em comento, dadas as circunstâncias que envolvem o caso.’ (AgRg nos EDcl nos EDcl no HC n. 505.629 BA, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 5.12.2019, grifos nossos).

Outrossim, a tese sustentada pela Defesa de suposta ofensa à garantia da não autoincriminação, por não terem os agentes policiais alertado o réu David acerca de seus direitos, também não tem como prosperar.

Ora, não se tem notícia nos autos acerca de eventual constrangimento que pudesse ter ocorrido durante a abordagem policial, principalmente em se considerando que o irrogado, em nenhuma das oportunidades em que foi ouvido, sinalizou nesse sentido.

Nem se desconhece que a jurisprudência da E. Corte Superior ‘pacificou o entendimento de que a inobservância da regra de informação quanto ao direito ao silêncio gera apenas nulidade relativa, cuja declaração depende da comprovação do prejuízo’ (RHC 95.963/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. Em 16.5.2019).

E, no mesmo julgado, também ficou consignado que ‘eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal’ (‘verbis’).

Legítima a atuação policial, a aventada atipicidade da conduta merece ser rechaçada.

Passo, pois, à análise da autoria e materialidade” (fls. 9-16, e-doc. 7 – grifos nossos).

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou os

embargos de declaração opostos pela defesa (e-doc. 9).

7. Em 29.8.2022, no Habeas Corpus n. 596.705/SP, em decisão monocrática, o Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, concedeu a ordem, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por invasão de domicílio e absolver os recorridos. Tem-se na decisão monocrática:

“I. Inviolabilidade de domicílio – direito fundamental

O caso traz a lume antiga discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, sem autorização judicial, logra encontrar e apreender drogas – de sorte a configurar a suposta prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 –, cujo caráter permanente autorizaria, segundo antiga linha de pensamento, o ingresso domiciliar.

Faço lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/R0, com repercussão geral previamente reconhecida, assentou 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’ (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

A Corte Suprema, em síntese, definiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões – na dicção do art. 240, § 1º, do CPP –, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.

Embora a jurisprudência haja caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, propus, ao julgar o REsp n. 1.574.681/RS (DJe 30/5/2017), que o entendimento fosse aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se pudesse perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.

Na ocasião, esta colenda Sexta Turma decidiu, à unanimidade, que não se há de admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique 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. A ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.

No referido julgamento, concluiu-se, portanto, que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário tenha a autoridade policial fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiança fulcrada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas

que não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente ou mesmo carregando consigo ilegalmente arma de fogo.

II. O caso dos autos

Segundo o depoimento dos policiais militares em juízo, os fatos transcorreram da seguinte forma (fls. 57-58, grifei):

[...] os policiais esclareceram que estavam em operação na comunidade onde se localiza o local dos fatos, quando viram um indivíduo que se evadiu, quando da aproximação da viatura. Resolveram por sua abordagem e entraram na comunidade, saindo no seu encalço. Tal indivíduo correu por vielas, de modo que os policiais passaram a caminhar pelas vielas. Foi então que viram um portão entreaberto, dando acesso a um imóvel, que era dividido em três casas para três famílias. Entraram e avistaram a primeira casa, que estava com a porta semiaberta. Já na porta, viram um tijolo de maconha em cima da pia do imóvel.

Bateram na porta e foram recebidos por Victoria. Indagaram-na sobre a droga que viram e ela disse que era de seu marido, Sergio Murilo, que não estava ali. Disse ela, ainda, que tinha mais droga na casa, indicando-lhes uma despensa ou sapateira e um local embaixo da cama, onde encontraram outros cerca de vinte e seis tijolos de maconha, porções de cocaína e de crack e eppendorfs vazios. Encontraram, também, balança e quantia em dinheiro, que Victoria disse ser proveniente do tráfico. Chamaram o morador da casa vizinha, David, e indagaram-no sobre entorpecentes e ele disse que tinha uma porção de maconha na geladeira para uso próprio, mostrando-a. O policial Daniel disse que viu um saco azul com eppendorfs vazios perto da cama, de modo que passaram a efetuar busca no local. Entraram ali, onde encontraram mais droga, um tijolo de maconha cortado, enrolado em uma blusa vermelha, dentro do forno do fogão, juntamente com uma faca. David disse que nada sabia acerca da droga e que não era dele, mas disse que a blusa era de sua esposa, que não estava ali. Depois sua esposa apareceu e confirmou que a blusa era dela, mas que a droga era de seu marido David. Sergio Murilo não apareceu nessa ocasião. Na terceira casa havia uma senhora, que se apresentou como mãe de Sergio. Não efetuaram busca na casa dela.

O Tribunal de origem rechaçou a tese defensiva de nulidade da diligência com os argumentos que seguem (fls. 90-93):

Na hipótese dos autos, os policiais tomaram a atitude excepcional após desconfiarem que um indivíduo suspeito teria adentrado uma das residências, ocasião em que, autorizados pela moradora, companheira do acusado Sérgio, realizaram vistoria no imóvel, onde encontraram expressiva quantidade de variados entorpecentes e diversos petrechos. Em seguida, rumaram à moradia vizinha, oportunidade em que novamente foram autorizados pelo morador, nesse caso o corréu David, tendo sido apreendidas outras diversas porções de maconha, além de eppendorfs vazios (vide gravações armazenadas nos autos: Daniel 1'10'' e 2'21''; Nicacio 3'29'' e 11'34''). Consigno, a propósito, que as assertivas trazidas pelos policiais não podem ser desprezadas somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança pública (CF, art. 144), ou porque participaram da diligência que levou à prisão dos réus, especialmente quando os termos das inquirições revelam serem pessoas idôneas e insuspeitas (HC nº. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello).

Nem há qualquer circunstância que autorize suscitar, sequer, dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal, sendo, portanto, tais depoimentos válidos como meio de prova.

Tais narrativas, aliás, não foram contrariadas pelos demais elementos probatórios, pois a alegação formulada pelos irrogados, apenas em Juízo, de que os agentes públicos supostamente teriam ingressado em suas moradias sem consentimento, não foi demonstrada.

Importante destacar que as testemunhas Victoria e Mariana, que participaram da abordagem realizada na data dos fatos, optaram por não prestar depoimento em juízo, cf. lhes autoriza o artigo 206 do Cód. de Processo Penal (gravações armazenadas nos autos). E, na Delegacia, Victoria nada alegou a respeito da suposta violação de domicílio, confirmando apenas a apreensão das substâncias proscritas em sua moradia, sob a alegação de que pertenciam ao companheiro (cf. fl. 15). Cumpre ainda destacar que, apesar de o irrogado Sérgio ter afirmado, em seu interrogatório judicial, ter sido avisado por vizinhos ou pela mãe acerca das supostas ilegalidades praticadas pelos policiais, não apresentou qualquer elemento probatório a respeito, limitando-se a Dra. Defensora Pública a arrolar as mesmas testemunhas de acusação (cf. fl. 176), pois, pese tenha ressalvado a possibilidade de eventual substituição ou complementação do rol, tal circunstância jamais ocorreu.

Conforme se depreende dos excertos acima, policiais estavam em uma comunidade quando viram um indivíduo se evadir ao notar a presença da guarnição. Passaram, então, a persegui-lo e procurá-lo em vielas até que depararam com um portão entreaberto que dava acesso a um imóvel dentro do qual havia três casas separadas apenas por paredes. Desconfiados de que o suspeito poderia haver se escondido no local, entraram no referido imóvel e foram até uma das casas, onde visualizaram, pela porta entreaberta, um tijolo de maconha em cima da pia. A partir desse momento, os agentes teriam, com autorização de uma moradora, realizado buscas e encontrado mais drogas, o que motivou a extensão da diligência na casa ao lado, onde também foram encontradas drogas.

No caso, em que pese a alegação dos militares de que viram drogas em cima da pia na primeira casa e de que houve autorização (não comprovada) dos moradores, cabe frisar que a ilicitude da diligência teve início já no momento em que os policiais cruzaram o portão externo do imóvel, uma vez que a inviolabilidade domiciliar não resguarda apenas a área construída do lar, mas também o quintal situado no interior do terreno e separado da via pública por muros, cercas e portões.

Com efeito, a narrativa dos agentes públicos consignada na sentença deixa claro que se tratava de um único imóvel fechado (tanto que separado da rua por um portão) onde foram construídas três casas geminadas separadas por paredes de alvenaria para moradia da mesma família (em uma morava o réu Sérgio, em outra morava seu cunhado e, na terceira, sua mãe), situação comum em comunidades periféricas em contexto de vulnerabilidade social. Não houve, no entanto, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local, a afastar a hipótese de que se tratava de averiguação atual acerca da ocorrência de tráfico naquele lugar. Da mesma forma, não se fez menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, tampouco movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas.

O fato de um indivíduo (que nem sequer era um dos acusados), ao haver avistado os policiais, ter corrido para local desconhecido, não constitui uma situação justificadora do ingresso em seu domicílio, até porque esse comportamento pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar portando ou comercializando substância entorpecente.

Esclareço, por oportuno, que, em sessão realizada no dia 20/4/2021, a

Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.854.633/MG e do REsp n. 1.879.371/SP (ambos de relatoria do Ministro Rogerio Schietti), reiterou a sua compreensão de que o simples fato de o réu sair correndo para o interior da residência ao avistar os policiais não constitui, por si só, fundadas razões a permitir o ingresso dos agentes estatais em seu domicílio, sem prévia autorização judicial e sem o consentimento válido do morador.

É pertinente destacar, ainda, que o fato de o portão externo estar entreaberto não permitia o ingresso imediato dos policiais, porquanto tal circunstância não afasta o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar. Ilustrativamente, menciono trecho do voto do Ministro relator no RHC n. 83.501/SP:

[...] Verifica-se, então, pelos depoimentos dos policiais, ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5ºº, inc. XI, da Constituição da República a, pois, como destacado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no voto-vista, não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância naquele local, e acrescenta-se que o fato do portão da residência encontrar-se aberto não justifica a entrada dos policiais sem autorização judicial. (RHC n. 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 5/4/2018, grifei)

Portanto, uma vez que, no caso dos autos, não há nem sequer como inferir que os pacientes estivessem praticando o delito de tráfico de drogas, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior da casa, entendo não haver razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão de substâncias entorpecentes, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

Diante de tais considerações, tenho que a descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia dos acusados, em violação a norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes.

A propósito, faço lembrar que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (melhor seria dizer venenosa, tradução da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Por conseguinte, inadmissíveis também as provas derivadas da conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de substâncias entorpecentes. Não se pode, evidentemente, admitir que o aleatório subsequente, fruto do ilícito, conduza à licitude das provas produzidas pela invasão ilegítima” (fls. 2-8, e-doc. 12).

Ao proferir o acórdão objeto do presente recurso extraordinário, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ratificou a decisão do Relator, que concluiu pela absolvição dos recorridos (e-doc. 16).

8. O acórdão recorrido diverge da jurisprudência deste Supremo Tribunal, que, ao julgar o mérito do Tema 280 da repercussão geral, fixou a seguinte tese:

“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 n. 603.616, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 10.5.2016).

Pelas conclusões das instâncias ordinárias, sem necessidade de reexame de fatos e provas a atrair a incidência da Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal, parece incontroverso que, na espécie vertente, os policiais teriam ingressado na residência somente após fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas e com autorização do recorrido David Alisson Souza Amorim e da esposa do recorrido Sérgio Murilo Ferreira Santos.

Ao julgar a apelação criminal interposta pela defesa, o Tribunal estadual ressaltou que os policiais entraram na residência por terem visualizado um dos recorridos fugir ao perceber os policiais, que passaram a persegui-lo, e por suspeitarem da presença de drogas em duas residências da vila, nas quais ingressaram com a autorização dos respectivos moradores.

Portanto, sendo permanente o crime de tráfico, a busca domiciliar no imóvel, na espécie, não é comprovada como contrária ao disposto no inc. XI do art. 5º da Constituição da República.

9. Em processos semelhantes, este Supremo Tribunal tem afastado a alegação de ilicitude de provas nos casos de crime permanente quando há justa causa para o ingresso na residência:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. DENÚNCIA ANÔNIMA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O acórdão proferido pelo Tribunal estadual está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 603.616–RG (Tema 280), Rel. Min. Gilmar Mendes.

2. Esta Corte fixou entendimento no sentido de que é possível ‘a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial’ (HC 108.147, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Segunda Turma). Precedente.

3. Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), o que é inviável em recurso extraordinário.

4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE n. 1.428.792–AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 3.5.2023).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. PRESENÇA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS A INDICAR FUNDADAS RAZÕES DA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS DURANTE A ENTRADA EM DOMICÍLIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS POR ESTA SUPREMA CORTE NO RE 603.616–RG, TEMA 280, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 10/5/2016. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (ARE n. 1.411.272–AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17.2.2023).

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A TESE FIXADA NO RE 603.616 (TEMA N. 280/RG). NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO N. 279 DA SÚMULA DO SUPREMO. (...)

2. Nos crimes de natureza permanente – tráfico de entorpecentes, na espécie –, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado desde que a medida esteja amparada em fundadas razões (Tema n. 280/RG).

3. Dissentir da conclusão alcançada pelo Colegiado de origem – ausência de desrespeito à inviolabilidade de domicílio – demandaria revolvimento dos elementos fático-probatórios. Incidência do enunciado n. 279 da Súmula do Supremo.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido” (RE n. 1.382.780–AgR, Relator o Ministro Nunes Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2022).

Confirmam-se também as decisões monocráticas transitadas em julgado proferidas no Recurso Extraordinário n. 1.246.146, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 19.12.2019; no Recurso Extraordinário n. 1.305.690, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 2.12.2020; e no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 209.688, de minha relatoria, DJe 9.12.2021.

Como ressaltado pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.430.436, “o entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos,

motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito” (DJe 6.6.2023).

Assim, pelo que se tem nos autos, não há comprovação de ilegalidade na ação dos policiais militares, pois as razões para o ingresso no domicílio foram devidamente justificadas, o ingresso autorizado e resultaram em apreensão de drogas ilícitas.

10. Pelo exposto, dou provimento ao presente recurso extraordinário, para cassar o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 596.705/SP, considerando válidas as provas obtidas na prisão em flagrante dos recorridos, e que deram origem à Ação Penal n. 1512543-92.2019.8.26.0228/SP, da Vigésima Sétima Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP (§ 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Oficie-se, com urgência, ao Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, Relator do Habeas Corpus n. 596.705/SP, ao Desembargador Costabile e Solimene, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator da Apelação Criminal n. 1512543-92.2019.8.26.0228/SP, e ao juízo da Vigésima Sétima Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP (Ação Penal n. 1512543-92.2019.8.26.0228/SP), para tomarem ciência desta decisão.

Remetam-se com os ofícios, com urgência e por meio eletrônico, cópias da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 16 de agosto de 2023.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora

Observação

05/09/2023 Legislação feita por:(NCF).

Colocado o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, impõe-se prosseguimento da análise sobre a abordagem policial.

DA LEGALIDADE DA ABORDAGEM POLICIAL EM VIA PÚBLICA

Preliminarmente, no tocante a alegada ilegalidade das provas decorrente da suposta ilegalidade da abordagem, necessário trazer à baila ensinamento do ilustre jurista Francisco Sannini, Delegado de Polícia no estado de São Paulo e professor da Acadepol, em publicação no endereço eletrônico Publicado originalmente no portal JusBrasil em 29 de junho de 2023 sobre o tema, in verbis:

" Abordagem policial é instrumento para assegurar direitos fundamentais coletivos

“Nos últimos anos o Superior Tribunal de Justiça vem se destacando por restringir a ação das agências policiais no que se refere a busca e revista pessoal na via pública, medida que, nos termos do artigo 240, § 2º, do CPP, está condicionada à “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida, objetos de procedência criminosa ou que sirvam de prova de infração penal.

Como se pode notar, a busca pessoal, diferentemente da busca domiciliar, não está sujeita à reserva de jurisdição. Destaque-se, todavia, que as duas situações, em maior ou menor medida, repercutem na esfera da privacidade e liberdade individual das pessoas. Não por acaso, a Constituição da República estabelece, ao menos em regra, a inviolabilidade domiciliar como uma espécie de tutela específica da intimidade e vida

privada (art. 5º, inciso XI).

Trata-se, inegavelmente, de previsão constitucional que limita ações do Estado que possam violar uma das esferas mais restritas da intimidade das pessoas, conferindo maior autonomia e liberdade ao indivíduo no interior de sua casa. Sobre o tema, vale reproduzir o famoso discurso de Lord Chatam, perante o parlamento inglês: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”.¹

Ocorre que o direito à inviolabilidade domiciliar não é absoluto, comportando limitações nas hipóteses indicadas pelo próprio texto constitucional, que inclui as situações de prisão em flagrante delito. Isso porque em tais casos o direito fundamental intrínseco na norma penal incriminadora está sendo violado pelo delinquente, justificando, assim, a mitigação de outro direito (postulado da proporcionalidade).

Sob tal perspectiva, foi bem o Supremo Tribunal Federal ao estabelecer critérios objetivos mínimos para a ação policial nas situações de flagrante delito em residências: “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”.²

Nesse contexto, considerando a garantia da inviolabilidade domiciliar, o ingresso da polícia em residências exige um standard probatório robusto, devendo ser demonstrado, ainda que posteriormente, os elementos objetivos que indicavam não a possibilidade, mas a probabilidade da situação flagrancial, exigindo-se quase que uma certeza visual do crime.

Por outro lado, em se tratando de buscas pessoais na via pública, não podem ser exigidos os mesmos requisitos, sobretudo porque nessas circunstâncias não há expectativa de privacidade por parte do cidadão. Não por acaso, ao regulamentar a captação ambiental como meio de obtenção de prova (art. 8-A, da Lei 9.296/96), o legislador dispensou a necessidade de ordem judicial quando o registro for feito na via pública, estabelecendo algumas condições apenas quando a medida se destina a ambientes privados.

Não obstante, a jurisprudência vem limitando a ação policial e reconhecendo a ilegalidade de buscas pessoais na via pública pela ausência de “fundada suspeita” para as abordagens. De maneira ilustrativa, o STJ já entendeu que demonstrar medo ao notar a aproximação de uma viatura policial, seguido da conduta de “dispensar” algo na via pública, não caracteriza fundada suspeita para a busca pessoal (HC 173.021/SP).

Em outro julgado (HC 158.580/BA), o STJ concluiu que denúncia anônima e a intuição do policial também não servem de justificativa para a abordagem. Em julgado mais recente, o TJ-PR decidiu que o fato de o agente estar em um “ponto de tráfico de drogas”, por si só, não caracteriza “fundada suspeita” para busca pessoal (HC 0037291-13.2023.8.16.0000).

Como se pode notar, os Tribunais vêm apontando situações que não justificam a ação policial, mas raramente explicam os casos em que a busca pessoal seria possível, gerando, conseqüentemente, uma enorme insegurança jurídica para os policiais e, o que é pior, dando ensejo à nulidade de provas e prisões que resultam na irresponsabilidade penal de criminosos detidos portando armas e drogas.

Muito embora seja louvável o esforço dos Tribunais na análise da questão,

o que, vale dizer, deve servir para a qualificação da atividade policial desde a formação nas escolas e academias de polícia, mitigando, assim, abordagens truculentas e preconceituosas, mas, neste estudo, o nosso objetivo é apresentar um entendimento diverso e mais protetivo ao bem jurídico, Segurança Pública.

Conforme já destacado, a abordagem seguida de revista pessoal realizada na via pública não pode ser considerada ilegal porque, em tais condições, não existe expectativa de privacidade por parte do cidadão. Demais disso, deve-se ponderar que a liberdade individual pode ser restringida em respeito aos interesses coletivos, o que justifica a ação policial no intuito de garantir a ordem pública e prevenir a prática de crimes.

Nesse sentido, aliás, dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao tratar do direito de circulação e de residência, destacando no seu artigo 22, item 3, que o exercício desses direitos não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Não por acaso, a nova Lei Geral do Esporte prevê no seu artigo 158, inciso III, como condição para acesso e permanência no recinto esportivo, o consentimento para a realização de “revista pessoal de prevenção e segurança”. Evidentemente, esta previsão tem por objetivo garantir a ordem pública e evitar a prática de infrações penais, não tendo qualquer finalidade probatória.

É justamente com esta perspectiva que sustentamos a possibilidade da abordagem e revista pessoal de alguém que se encontre na via pública, independentemente da existente de fundada suspeita. Dizendo de outro modo, o artigo 240, § 2º, do CPP, não poderia servir de base para a ação policial nessas circunstâncias, pois, insista-se, a ação teria caráter preventivo e não probatório. Nota-se que quando a medida se destina, desde a sua gênese, a produção de uma prova, aí, sim, ela estaria vinculada à demonstração de justa causa para se legitimar.

Contudo, em se tratando de buscas pessoais na via pública, o respaldo legal se encontra no Poder de Polícia e, sobretudo, no princípio administrativo da Supremacia dos Interesses Públicos. Ora, assim como o empresário deve suportar o ônus de uma fiscalização em seu comércio, o cidadão deve suportar uma abordagem pessoal ou veicular realizada pela polícia, prevalecendo, nos dois cenários, o interesse da coletividade. No intuito de subsidiar as nossas conclusões, fazemos um paralelo com as normas de trânsito. Nos termos do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro, compete aos órgãos de trânsito “cumprir e fazer cumprir” a legislação e as normas pertinentes, estabelecendo, em conjunto com a Polícia Militar, diretrizes para o “policiamento ostensivo de trânsito”. A lei determina, ademais, que as autoridades públicas executem a fiscalização do trânsito, aplicando as medidas cabíveis pelas infrações previstas no Código.

Por obviedade, todo esse regramento tem por finalidade promover a segurança viária, o que é feito, inclusive, por meio da previsão de infrações penais (art. 302 e seguintes do CTB). Ao exigir a fiscalização do trânsito, a lei busca evitar acidentes, zelando, destarte, pelo interesse da coletividade.

Justamente por isso, nos parece absolutamente incabível questionar a legalidade das revistas veiculares realizadas pelas polícias, que, nessas

circunstâncias, estão apenas cumprindo as determinações do CTB. A abordagem e a inspeção veicular têm previsão expressa no artigo 22, do Código e, ainda que não sejam medidas destinadas a verificação da prática de crimes, ocasionalmente podem servir para esta finalidade, hipótese em que ocorrerá o que a doutrina chama de “encontro fortuito de provas” (serendipidade).

Ora, se um veículo é abordado aleatoriamente pela polícia durante uma fiscalização de trânsito (reitera-se: autorizada pelo CTB), caso o policial realize uma inspeção veicular e se depare com armas de fogo, drogas ou outros ilícitos no seu interior, não poderá fechar os olhos para esta ilegalidade, aplicando-se ao caso a “teoria da visão ampla” (plain view doctrine). Ao discorrer sobre esta teoria, Guilherme Madeira Dezem nos ensina que “se no curso de diligência policial os policiais encontram item que esteja à vista aberta dos policiais, então poderão fazer a apreensão deste objeto”.³

Como se pode notar, a doutrina da “visão ampla” pressupõe que haja uma ação policial válida (ex: fiscalização veicular no trânsito) e, no curso da diligência, seja encontrado um elemento de prova que esteja na sua vista (ex: drogas encontradas no interior do veículo).

Sob outra perspectiva, deve-se destacar que se o ordenamento jurídico autoriza a fiscalização do Estado com a finalidade de assegurar a segurança viária, prevenindo acidentes, com maior razão se justifica a ação policial para promover a segurança pública, coibindo a prática de infrações penais. Esse entendimento, aliás, vai ao encontro do postulado da proporcionalidade, pois, se a privacidade e liberdade individual podem ser mitigados para verificar eventual infração de trânsito, tais direitos também podem sofrer limitações com o objetivo de tutelar as normas penais, que, vale dizer, protegem os bens jurídicos constitucionais mais relevantes.

Em conclusão, lembramos, ainda, das “teorias dos campos abertos e das buscas particulares” (Open fields doctrine e Private searches doctrine), que, em nosso sentir, justificam as abordagens e buscas pessoais na via pública, seja como forme de repressão ou de prevenção ao crime. A teoria dos campos abertos, desenvolvida pela Suprema Corte americana (Hester vs. United states), preconiza que a busca e apreensão realizada fora da propriedade do suspeito na viola a privacidade assegurada pela 4ª Emenda dos USA.

Já a teoria das buscas privadas sustenta que sempre que o particular puder realizar uma busca sem autorização judicial, o Estado também poderá realizá-la. De maneira ilustrativa, se é possível a busca pessoal privada em eventos esportivos (locais de acesso ao público), conforme autoriza a Lei Geral do Esporte, também deve ser admitida a busca pessoal realizada na via pública. Isto, pois, nas duas situações não existe expectativa de privacidade, como reiteradamente pontuado neste estudo.

Ao desenvolver a teoria das private searches, a Suprema Corte Americana elaborou um teste (Katz v. EUA) com o objetivo de verificar a expectativa de privacidade em um caso concreto, tanto do ponto de vista do indivíduo, como da sociedade. Assim, fala-se em “expectativa subjetiva de privacidade”, quando o cidadão entende que, em determinada situação, ele tem privacidade, e “expectativa objetiva de privacidade”, consistente no reconhecimento, por toda a sociedade, da existência de privacidade num dado contexto.

Avaliando as abordagens policiais na via pública sob as premissas da teoria das buscas particulares, devemos nos questionar o seguinte: 1-) o

indivíduo acredita gozar de privacidade nessa situação? 2-) a sociedade entende como legítima esta expectativa de privacidade?

Para responder estas indagações, nos valem de um exemplo concreto. Se um cidadão carrega consigo pela via pública uma mochila contendo armas e drogas, ele acredita gozar de privacidade? Do mesmo modo, existe expectativa de privacidade no caso de um sujeito que transporta drogas ilícitas na caçamba de sua caminhonete? Ao que nos parece, nas duas situações nem o indivíduo acredita ter sua intimidade protegida e muito menos a sociedade entende como legítima qualquer expectativa nesse sentido.

Frente ao exposto, considerando os argumentos fáticos e jurídicos apresentados, só podemos concluir pela licitude das abordagens e buscas pessoais realizadas pela polícia na via pública, independentemente de qualquer suspeita objetiva. Em nosso entendimento, está havendo um excesso garantista por parte dos Tribunais Superiores na análise da matéria, o que, a toda evidência, compromete a Segurança Pública e serve de blindagem aos criminosos. Nesse diapasão, são absolutamente pertinentes as seguintes constatações:

Ao conceituar o direito garantista como uma técnica de defesa do mais fraco contra o mais forte, e estabelecer que o mais fraco, na relação processual, é o réu contra o todo-poderoso Estado, Ferrajoli toma franco partido do réu, abstraindo, na prática, o processo criminal do fato concreto que o desencadeou – assim deixando a defesa do “mais fraco” na relação fenomênica (a vítima do fato) abissalmente incomunicável com o direito. Daí a conclusão de muitos garantistas no sentido de que a segurança pública não é problema do juiz. Para o garantismo, portanto, só os bandidos têm direitos humanos a serem observados na relação processual. A vítima, desprotegida, perde no momento do fato e perde, de novo, no processo.

De fato, parece faltar uma pouco sensibilidade aos Tribunais na análise dessa questão, pois, se por um lado, existem argumentos favoráveis a limitação das buscas, por outro, também encontramos fundamentos relevantes para justificar a ação policial. Nesse cenário, perguntamos: não seria o caso de focar na proteção da sociedade?

Se existem abusos por parte de alguns policiais, tais condutas devem ser coibidas quando evidentes, sendo imprescindível uma constante qualificação do trabalho da polícia em âmbito institucional. O que não se pode fazer é “matar” a atividade policial sob o pretexto de corrigir os seus excessos, afinal, como diz o ditado, a diferença entre o remédio e o veneno está na dose.”

Publicado originalmente no portal JusBrasil em 29 de junho de 2023

Endossando o afirmado pelo ilustre jurista, acima citado, afirma-se se dispensável a demonstração de justa causa para embasar abordagem policial a qualquer indivíduo que esteja em via pública, diante da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. No confronto de princípios constitucionais, deve prevalecer o interesse da coletividade sobre o interesse do indivíduo.

Nesse sentido O Egrégio Supremo Tribunal Federal já se manifestou, afirmando a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, in verbis:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA PRESIDENTE DA

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE A PANDEMIA DE COVID-19. APROVAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO FISCAL DAS AGRAVANTES. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS SOBRE A MATÉRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. NATUREZA MANDAMENTAL DA AÇÃO. PRELIMINAR DE PREJUÍZO DO RECURSO PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO. ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PELO QUAL NÃO SE INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DE MÉRITO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal, extinta a comissão parlamentar de inquérito pela conclusão dos trabalhos, tem-se prejudicado o mandado de segurança pela perda superveniente do objeto. Precedentes. 2. Ainda que se pudesse admitir a prevalência do interesse recursal, razão jurídica não assistiria às agravantes, pois as justificativas para a adoção das medidas questionadas valeram-se de indícios hígidos, que situam as empresas, ligadas à condução do investigado Ricardo José Magalhães Barros, ocupante de cargo político e em momento estratégico, na apuração de “suposta negociata, com possível negociação de propina, para uma pretensa aquisição de vacinas, envolvendo a empresa Precisa Medicamentos, bem como pessoas físicas e jurídicas (aí incluídos os Impetrantes). Portanto, tudo dentro do escopo da Comissão que nesta linha explora ações ou omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia da Covid-19, incluindo ainda possíveis irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos, assinaturas de contratos, entre outros ilícitos”. 3. Não há interesses particulares oponíveis a razões de relevante interesse público. A adoção de medidas constritivas, respeitados, na espécie, os termos estabelecidos pela Constituição da República, na esteira dos precedentes deste Supremo Tribunal, pode ser justificada pelo interesse público demonstrado e é legítima no sistema democrático. 4. Agravo regimental prejudicado pela perda superveniente do objeto da impetração.”

(MS 38180 AgR, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 07-04-2022 PUBLIC 08-04-2022)

Ainda o Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. OFENSA REFLEXA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. LIMITAÇÕES. POSSIBILIDADE. ARTIGO 37, CAPUT, CB/88. OFENSA INDIRETA. ARTIGO 92, § 2º, LC N. 53/01 DO ESTADO DE RORAIMA. APRECIACÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. As alegações de desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal consubstanciam ofensa reflexa à Constituição do Brasil, circunstância que não viabiliza o acesso à instância extraordinária. Precedentes. 2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público. 3. Eventual ofensa ao caput do artigo 37 da CB/88 seria apenas indireta, vez que implica o prévio exame da legislação infraconstitucional, não permitindo a interposição do apelo extremo. 4. A questão referente à suposta inconstitucionalidade do artigo 92, § 2º, da Lei Complementar estadual n. 53/01 não foi arguida perante as instâncias precedentes, o que impede sua apreciação por este

Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 455283 AgR, Relator (a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 05-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02231-05 PP-00947)

Assim, a atuação policial pautada no interesse público, consubstanciada na garantia da ordem social, não está restrita a demonstração de “fundada suspeita”. Muito pelo contrário, a Constituição Federal expressamente fez a reserva da atuação estatal referente a casa utilizada para moradia, no Inc. XI do art. 5º, deixando evidente, não estar o cidadão investido da aludida garantia em via pública.

Dito isto, tenho a abordagem da ré como dentro dos parâmetros constitucionais.”

Observa-se que, ainda que sucintamente, o Magistrado de piso analisou o quanto deduzido pela Defesa, concluindo pela legalidade da abordagem policial da acusada, e da sua busca pessoal, não sendo a hipótese de ausência de fundamentação que possa ensejar a anulação da sentença guerreada. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. DETRAÇÃO E FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. READEQUAÇÃO DE REGIME INICIAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES DO TJES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em nulidade da decisão por ausência de fundamentação, na medida em que o decisum se encontra devidamente fundamentado com as razões de fato e de direito que justificaram a realização da detração, devendo ser salientado que a “fundamentação sucinta não se confunde com ausência de fundamentação”. (HC 410.747/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017). 2. Compatibilizando a previsão do art. 66, III, c, da Lei de Execução Penal com o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, a jurisprudência entende que caberá ao Juízo da Execução a realização da detração em duas hipóteses: i) caso a detração em sentença não altere o regime inicial fixado e ii) caso o Sentenciante deixe de efetuar a detração para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. 3. No caso, o Juízo Sentenciante delegou ao Juízo da Execução a incumbência de realizar a detração, fixando, assim, o regime inicial fechado, sendo que o referido Juízo procedeu a detração do período em que o apenado esteve preso cautelarmente e fixou o regime semiaberto para início do cumprimento da reprimenda, em estrita observância ao disposto no art. 66, III, c, da Lei de Execução Penal. 4. Não se deve confundir a detração, utilizada exclusivamente para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, com a progressão de regime, para a qual, além dos preenchimento do requisito objetivo exigido pelo art. 112 da LEP, exige o cumprimento dos requisitos subjetivos. Precedentes TJES. 5. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-ES – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL: 5001760-60.2024.8.08.0000, Relator: RACHEL DURA O CORREIA LIMA, 1ª Câmara Criminal) – grifamos

Na hipótese dos autos, não se verifica o vício suscitado, não havendo violação ao que dispõe o art. 315, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal, de modo que rejeito a nulidade deduzida.

2. Da alegada nulidade das provas obtidas por busca pessoal

Aduz, a Defesa, que a diligência policial teve como objetivo vistoriar o bagageiro do ônibus em que a Ré se encontrava. Para isso, foram utilizados cães farejadores, sendo localizadas drogas que não pertenciam à acusada, e sem a fundada suspeita de que esta estaria em flagrante delito, houve a indevida abordagem, e o entorpecente encontrado lhe foi atribuído. Discorre que a ilegalidade se deu em virtude da cor da pele da acusada, não havendo indicativos de que outros passageiros também tenham sido submetidos à abordagem policial.

Não assiste razão à Defesa.

Com efeito, observa-se que, no curso da instrução processual, a abordagem policial da Polícia Rodoviária Federal ocorreu regularmente:

“que trabalha em operação com cães farejadores da PRF; que fez o procedimento de praxe; que os cães farejaram e indicaram positivo para entorpecentes em duas malas que estavam no bagageiro externo; que adentraram ao ônibus para entrevistar os passageiros; que os colegas, ao entrevistarem Bianca, apresentou identidade de outra pessoa; que Bianca apresentou nervosismo e respostas desconexas; que realizada a revista em mochilas de Bianca, foi encontrada substância análoga a maconha; que Bianca, ao ser entrevistada, informou que receberia dez mil reais, por transportar a droga da rodoviária do Tietê, em São Paulo, para Recife; que todos os passageiros foram revistados no dia; que a ré colaborou com a Polícia Rodoviária Federal” (Darlene Chagas Cruz, policial rodoviária federal)

“que é especializado em cães farejadores; que no dia da abordagem, fez a diligência no ônibus onde estava a acusada; que o cão encontrou droga nas bagagens; que subiram ao veículo, e encontraram duas pessoas com drogas nos pés das suas poltronas; que elas indicaram as circunstâncias do transporte da droga; que entrevistaram todas as pessoas que estavam no veículo; que as duas mulheres eram Júlia Bianca e Stefany; que Júlia Bianca apresentou o documento da sua irmã, mas depois se identificou como Júlia; que não tinha como vincular a conduta de Júlia com a de Stefany; que Júlia disse que iria receber dez mil pela droga transportada”. (Saulo Mato Grosso Brito, policial rodoviário federal)

À vista do quanto narrado pelos policiais rodoviários federais, não há como interpretar que não havia indícios mínimos para realizar a busca pessoal na acusada, mesmo porque houve a apreensão de droga no ônibus em que ela era transportada, e todos os passageiros foram submetidos a entrevista com os policiais.

Note-se, inclusive, que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, sendo certo que, enquanto não cessar a permanência, o agente encontra-se em situação de flagrância.

E foi exatamente isso que ocorreu no caso dos autos, em que a Apelante foi encontrada em posse do entorpecente apreendido, e após apresentar carteira de identidade alheia, demonstrar nervosismo e desconexão na sua fala, foi indagada pelos policiais, e confessou a prática delitiva.

Inexiste, portanto, qualquer ilegalidade na atuação dos policiais na realização de busca pessoal, após identificação de entorpecentes ilícitos em operação com cães farejadores, e indagação da Ré em fundada suspeita.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADA SUSPEITA DEMONSTRADA . AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior tem firmado posicionamento de que a abordagem e busca pessoal do agente independe de mandado judicial, desde que haja demonstração concreta de fundada suspeita de que a pessoa esteja inserida nas hipóteses previstas no art. 244 do Código de Processo Penal – CPP. Nesse contexto, é certo que a simples indicação de que o agente se encontra em atitude suspeita, sem o apontamento de lastro que evidencie em que consiste essa conclusão, não supre a mencionada exigência legal. 2. Na hipótese, restou evidenciada a existência de fundada suspeita apta a autorizar a busca no veículo, a qual, ao contrário do que indica o impetrante, não foi observada apenas em razão do nervosismo dos agentes, mas decorreu da identificação da presença de drogas por cães farejadores, em parada para fiscalização de rotina pela Polícia Rodoviária Federal, após os agentes apresentarem respostas confusas e contraditórias às perguntas dos policiais. Na ocasião foram encontrados 20 tabletes de pasta base de cocaína, pesando 21, 05kg, não havendo falar em ilegalidade na atuação policial. 3. Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no HC: 801547 MG 2023/0038632-1, Relator: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 26/06/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2023)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. PRISÃO REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. OCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. USO DE DROGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. BUSCA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO FRANQUEADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REITERAÇÃO DE OUTRO HC. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Considera-se lícita a revista pessoal executada por guardas municipais, com a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal. 2. Configurada a situação de flagrância, com a demonstração de fundada suspeita, não se verifica ilegalidade na realização de abordagem pessoal por guardas municipais que estavam em patrulhamento com cães farejadores, encontrando drogas com o paciente e nas proximidades do local do flagrante, pois o acusado informou que estava usando drogas no momento em que foi abordado. 3. A questão referente à aplicação da minorante, a matéria já foi analisada no HC 563.700/SP, tratando-se de mera reiteração de pedido. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 597923 SP 2020/0176108-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 20/10/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2020) – grifamos

Logo, tendo havido a reunião dos requisitos constantes no art. 244 do Código de Processo Penal, é lícita a busca pessoal realizada pela Polícia Rodoviária Federal, de forma que rejeito a arguição de nulidade das provas coligidas aos autos.

3. Do mérito. Da reforma da dosimetria.

O mérito recursal restringe-se à alegada necessidade de reforma da pena. Discorre que deve ser procedida a redução da basilar, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, diante do preenchimento dos requisitos legais do benefício do tráfico privilegiado.

Da análise dos autos, verifica-se que a pena foi incrementada na primeira fase dosimétrica, considerando os motivos do crime, consistentes na promessa de pagamento, e a circunstância de ter sido transportada a droga em montante de dezessete quilos. Os motivos do crime não são idôneos para majorar a reprimenda, pois constituem elemento do tipo, a tentativa de enriquecimento ilícito e obtenção de lucro decorrente da traficância:

“Os motivos do crime são inerentes ao tipo penal incriminador, uma vez que o legislador, quando da cominação das penas referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, já previu, como normal à espécie, o objetivo de obter lucro fácil, em detrimento da saúde da coletividade”(HC 476.564/MS , Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA , QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019)

Sendo assim, afasto os motivos do crime, remanescendo a quantidade de droga, e reduzo a pena-base para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase dosimétrica, foi constatada a confissão espontânea, de sorte que a pena deve ser reduzida em 1/6 (um sexto), resultando 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Incide a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei n. 11.343/2006, no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), sendo fixada, finalmente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Outrossim, deve ser acolhido o pleito de redução da pena por aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, o fato de o crime ter sido praticado entre Estados da Federação não afasta a possibilidade de aplicação do benefício, tendo em vista que a acusada se trata de “mula do tráfico”, não propriamente imiscuída em uma grande trama de organização criminosa, ao menos do que se denota destes autos. Nessa senda:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). MULA. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E TRANSPORTE INTERESTADUAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA SE NEGAR A INCIDÊNCIA DA REDUTORA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE O AGENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Na hipótese, conclui-se

que se trata de paciente contratado para atuar na condição de mula do tráfico, para transportar entre Estados da Federação considerável quantidade de substância entorpecente (mais de 56 kg de maconha). 3. Em situações assim, nas quais o agente é primário e apresenta bons antecedentes e é considerado mula do tráfico, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal firmaram-se no sentido que a quantidade de drogas, por si só, ou o contato esporádico do paciente com a organização (como no caso dos autos) não indica a integração ou a dedicação a atividades criminosas, tornando possível a aplicação do benefício. Precedentes.– No caso, verifica-se que os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem não foram suficientes para afastar a causa de diminuição, uma vez que houve menção apenas à elevada quantidade da droga recebida pelo agente para o transporte interestadual da substância entorpecente, sem qualquer comprovação do fato, sem demonstrar qualquer outra circunstância do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa, o que não justifica a não aplicação do tráfico privilegiado. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ – AgRg no HC: 807845 SP 2023/0077979–0, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 11/04/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2023) – grifamos

Sendo assim, reduzo a pena aplicada em 2/3 (dois terços), resultando em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. Diante do preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

3. Conclusão

Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento e, afastadas as preliminares, acolhimento parcial do recurso defensivo, reduzindo a pena aplicada para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, substituída a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

Salvador/BA, 11 de abril de 2024.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relatora