

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700156-47.2021.8.05.0146 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): OAB BA21394-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procurador de Justiça: ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADA PELA CONDUTA DESCRITA NO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. 1 – INSURGÊNCIA RECURSAL QUE VISA O RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL E A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DA APELANTE, TENDO EM VISTA A OCORRÊNCIA DE INVASÃO DOMICILIAR POR PARTE DA POLÍCIA. NÃO PROVIMENTO. A PROVA DOS AUTOS REVELOU SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO A AUTORIZAR A MITIGAÇÃO À INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO, CUIDANDO-SE O TRÁFICO DE DROGAS DE CRIME DE NATUREZA PERMANENTE A AUTORIZAR O INGRESSO NA RESIDÊNCIA A FIM DE FAZER CESSAR O DELITO. EMBORA OS POLICIAIS TENHAM SE DIRIGIDO AO IMÓVEL DA APELANTE A FIM DE AVERIGUAR DENÚNCIA ANÔNIMA DA OCORRÊNCIA DO TRÁFICO, O ELEMENTO FÁTICO QUE AUTORIZOU O INGRESSO NO DOMICÍLIO DA RECORRENTE FOI O RASTRO DE EMBALAGENS COM COCAÍNA CAÍDOS DA MOCHILA DURANTE A ESQUIVA DA RÉ AO AVISTAR A GUARNIÇÃO POLICIAL. HIPÓTESE DE FLAGRANTE DELITO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. 2 – REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA PELO ART. 33, § 4º DA LEI Nº. 11.343/2006. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO. A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO NÃO AUTORIZA, POR SI SÓ, O AFASTAMENTO DO § 4º. INCIDÊNCIA DO TEMA 1139 DEFINIDO PELO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO, SOB A SEGUINTE REDAÇÃO: "É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06". APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO) ANTE A VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENA REDIMENSIONADA PARA 3 (TRÊS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 333 (TREZENTOS E TRINTA E TRÊS) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIIS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime, de nº. 0700156-47.2021.8.05.0146, oriundos da 1ª Vara Crime da Comarca de Juazeiro/BA, tendo como apelante e como apelado Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E JULGAR NÃO PROVIDO o apelo, afastando a alegação de nulidade processual por invasão domiciliar e, redimensionando, de ofício a pena recorrente para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, nos termos do voto da Relatora:

Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 29 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700156-47.2021.8.05.0146 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª

Turma APELANTE: Advogado (s): OAB BA21394-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procurador de Justiça: RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por , em face da r. Sentença de ID 31036436 (autos em PDF), cujo relatório adoto, prolatada pela 1ª Vara Crime da Comarca de Juazeiro/BA, que condenou a apelante pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/06 à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Segundo narra a denúncia, no dia 14/01/2021, por volta das 13:30hs, policiais militares lograram prender a apelante em flagrante delito por trazer consigo e manter em depósito, para fins de mercancia, dentro de uma mochila, cocaína. Prossegue a inicial acusatória narrando que: "(...) Conforme consta do procedimento policial em anexo, na data e horário supracitados, prepostos da Polícia Militar receberam informação via Central da 76ª CIPM que uma pessoa conhecida como estava vendendo drogas em um apartamento, 1ª andar, em um prédio localizado em frente à , no endereço já descrito anteriormente. Naquela oportunidade, cumprindo dever de ofício, dirigiram-se ao local e avistaram uma moça que empreendeu fuga para dentro do imóvel. A moça foi identificada posteriormente como e esta se encontrava em pé na escada que dá acesso ao apartamento e, quando viu os policiais, tentou empreender fuga indo em direção ao seu apartamento. A referida estava levando consigo uma mochila. Na tentativa de fuga, caiu da mochila 04 (quatro) capsulas, contendo pó branco, supostamente cocaína. Os policiais conseguiram abordar a flagranteada e na mochila encontraram mais 22 (vinte e duas) cápsulas, semelhantes às que caíram na escada, contendo pó branco, supostamente cocaína, mais dois invólucros plásticos, contendo pó e pedras, ambos na cor branca, também sendo supostamente cocaína, um recipiente de fermento, contendo pó branco e uma pedra, supostamente cocaína e uma balança de precisão. No imóvel os policiais ainda encontraram uma sacola plástica contendo vários recortes plásticos e uma tesoura. Aos policiais a ora denunciada confessou a prática delitiva aduzindo que vendia drogas para seu companheiro, , custodiado do CPJ por tráfico. ERICA também dispôs que chega a fazer vídeo chamada com seu companheiro no CPJ e que também havia outra pessoa que também vende drogas para , sendo que se tratava do adolescente W.DOS S.V.. Em continuidade as diligências os policiais foram até a residência indicada por como sendo a de , na Rua 06, S/Nº, bairro Alto Cruzeiro, Juazeiro/BA, e em um beco os policiais o encontraram junto com uma sacola contendo 50 (cinquenta) pedras pequenas, supostamente de crack, 20 (vinte) pedras médias, supostamente de crack, 01 (uma) trouxa de erva seca, supostamente maconha, outros itens e ainda a quantia de R\$ 33,00 distribuído em notas de R\$ 20,00, R\$ 5,00 e R\$ 2,00. confirmou os policiais que vende drogas para junto com ERICA. W.DOS S.V., com 17 anos de idade à época dos fatos, foi ouvido em sede de , fl. 19, e dispôs que não vende drogas para que é marido de sua prima, . Indicou como comprou a droga e por quanto vendia, mas dispôs que não vende drogas para ERICA, nem sabe informar se ela vende drogas. O dinheiro apreendido foi proveniente da venda de entorpecentes. Documento de identificação do adolescente constante à fl. 20. Em interrogatório , fl. 44, interno do CPJ, negou todos os fatos, aduzindo que é sua esposa, ficando sabendo da prisão dele, mas não ordenou que ela vendesse drogas que foram apreendidas com ela. Informou que não conhece . A denunciada em seu interrogatório, fls. 11/12, confirmou que tinha drogas em sua residência e foi encontrada cerca de 200g de cocaína e balança de

precisão. Afirmou que iria misturar a droga com cafeína e vender em porções menores com preços de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e R\$ 100,00 (cem reais). Negou que vendesse drogas para seu companheiro, , interno do CPJ. Afirmou que comprou a droga no CEASA por R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e tinha conseguido esse dinheiro através de venda anterior de drogas. Negou que a ajudasse a vender drogas. Dispôs que já foi presa por tentar entrar no CPJ com drogas e tem processo por tráfico em Senhor do Bonfim/BA. Disse também já ter sido apreendida, quando adolescente, por tráfico de drogas junto com seu companheiro .” O Ministério Público denunciou a recorrente e seu companheiro como incursos nas penas dos art. 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº. 11.343/2006. Deflagrada a ação penal e percorrida a instrução processual, sobreveio sentença penal que julgou parcialmente procedente a acusação, condenando a recorrente nos termos supra apontados, sendo o codenunciado absolvido das imputações. Irresignada com a decisão, , por seu advogado constituído, interpôs o presente apelo pugnando nas razões recursais de ID 31036460 pela reforma da sentença, a fim de que seja reconhecida a “nulidade das provas obtidas e como via de consequência a anulação da sentença condenatória”. O Ministério Público do Estado da Bahia em sede de contrarrazões acostadas ao caderno processual no ID 31036465 requereu a manutenção integral da sentença, refutando a alegação de nulidade por invasão domiciliar. A Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, apresentou parecer no ID 35775105, opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso, a fim de que seja mantida integralmente a condenação e a pena imposta na sentença fustigada, tendo em vista a idoneidade do acervo probatório capaz de sustentar o édito condenatório. Na condição de Relatora os presentes autos vieram conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura da Nobre Desembargadora Revisora, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2022. Desa. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma

Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.
0700156-47.2021.8.05.0146 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª
Turma APELANTE: Advogado (s): OAB BA21394-A APELADO: MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procurador de Justiça: VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação. Pretende a Defesa de o reconhecimento da nulidade processual e a consequente absolvição desta, aduzindo para tanto a ocorrência de invasão domiciliar por parte dos policiais militares, bem como a violação dos dados telemáticos, sem autorização legal. Com efeito, analisando a prova dos autos verifica-se que no dia 14 de janeiro de 2021, policiais militares lotados na 76ª CIPM de Juazeiro, receberam informações via Central que uma mulher era a responsável pelo tráfico de drogas em apartamento no 1º andar de um prédio localizado em frente à uma loja de roupa feminina, , na Avenida Girassol, no bairro do Argemiro, em Juazeiro. De posse das informações, a guarnição composta pelos policiais CB/PM , ouvido no inquérito policial na qualidade de condutor, o SD/PM e , deslocou-se ao local apontado pela Central, oportunidade em que os prepostos do Estado “avistaram uma moça, posteriormente identificada como , em pé na escada que dá acesso ao mencionado apartamento, a qual veio a perceber a aproximação dos policiais, correu em direção ao seu imóvel, levando consigo uma mochila”. (ID 31036196). Consta do Inquérito Policial de nº. 004/2021 que: ID 31036196: “enquanto corria, em direção ao seu apartamento, caiu da mochila de , 04 (quatro) capsulas contendo pó

branco, supostamente cocaína, que adentrou em seu apartamento sendo acompanhada pelos policiais; que na mochila de foram encontradas mais 22 (vinte e duas) cápsulas, semelhantes as que caíram na escada, contendo pó branco, supostamente cocaína, 02 (dois) invólucros plásticos, contendo pó e pedras, ambos na cor branca, supostamente cocaína, 01 recipiente de fermento, contendo pó branco e 01 (uma) pedra, supostamente cocaína, 01 balança de precisão (...) que na sala foi encontrada uma sacola plástica contendo vários recortes plásticos e uma tesoura. (...) que informou que vende drogas para seu companheiro, conhecido como SAN (...). A recorrente perante a autoridade policial informou que: “nesta data foi abordada por Policiais Militares em sua residência que a questionaram se teria droga em casa; Que negou e os PMS revistaram o imóvel e encontraram dentro do quarto, dentro de uma bolsa, uma balança de precisão e cerca de 200 (duzentos) gramas de cocaína; que essa droga iria misturar com cafeína, que tinha uma capsula em casa, para dar volume e fracionar em porções menores para vender de R\$ 50,00 (cinquenta reais) ou R\$ 100,00 (cem reais); que o PMS mandaram que ela levasse eles até a casa de, onde acharam pedras de crack; que convive com o interno mas nega que ele tenha envolvimento com a droga apreendida em seu poder; que comprou a cocaína no CEASA com um desconhecido pagando a importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais); que esse dinheiro foi obtido com a venda anterior de drogas; Que sempre compra entorpecentes com desconhecidos para revender; Que não lhe ajuda na venda dos entorpecentes; (...)” No curso da persecução penal realizada em juízo, procedeu-se à oitiva dos policiais militares responsáveis pela diligência que culminou na prisão da recorrente, procedendo-se, por fim, aos interrogatórios. Eis o conteúdo da prova oral: CB/PM – testemunha: “Às 15h: 30, numa tarde de quinta-feira, a guarnição teve informações e também já vinha várias denúncias de tráfico de drogas naquele local, e o tráfico era comandado por uma mulher. Diante da informação, a guarnição foi até o endereço para averiguar, quando avistamos uma mulher, que no momento que viu a guarnição subiu rapidamente as escadas e, ela deixou cair 04 capsulas contendo pó branco, aparentemente cocaína. Conseguimos alcançar a mesma e na bolsa que ela estava foi encontrada mais 02 invólucros de plástico contendo pó branco, cocaína, vasilha de fermento, cartão de crédito, pedras cocaína, balanças de precisão e também 22 capsulas semelhantes as que encontramos na escada. O apartamento dela, encontramos recortes plásticos e tesoura, que normalmente é encontrado nessas bocas, seja de maconha/cocaína/crack. Indagada a quem pertencia a droga, ela informou que a droga pertencia ao seu companheiro que estava preso e, que algumas vendas eram feitas por vídeo conferência e que o mesmo possuía dentro da cela um aparelho de celular. Feito a consulta através do CNJ de Érika, foi encontrado um mandado de prisão aberto em desfavor dela. também indagou se havia mais droga e ela informou que outra pessoa também fazia a venda da droga para o seu esposo e que seria um parente dela que ficava na Rua 06 do Alto do Cruzeiro. Como havia já encontrado a droga nesse apartamento, deslocamos até o endereço que ela informou, e lá encontramos em uns quatinhos o menor, e com ele, foi encontrada uma sacola de plástico contendo crack, trouxa de maconha, faca de cerra e uma lâmina também usada para cortar o crack para fazer a venda. O menor também confirmou a versão de, que vendia a droga para e, logo após todos eles foram conduzidos a delegacia. As denúncias chegaram até nós através de abordagens feitos em usuários e, eles falavam onde adquiriam a droga e também por denúncia de telefone. É um conjunto de informações que faz a guarnição chegarem até o local. Não

me recordo se foi encontrado dinheiro com o menor. A guarnição chegou até , porque nos informou que ele também vendia droga para seu esposo, passando o endereço e o nome certo do menor. O menor, no ato da prisão, confirmou o vínculo entre e . disse que as vendas eram por vídeos conferências e quando chegavam pessoas desconhecidas, ela fazia vídeo para seu companheiro e fechavam a venda. Salvo engano, ela informou que comprava a droga no CEASA. A guarnição da minha companhia, nunca tinha ouvido falar sob os acusados, somente as informações de que naquele local havia o tráfico de drogas por parte de uma mulher. Érika não resistiu à prisão. No momento da prisão, encontrava-se e duas crianças”. SD/PM – testemunha: “Érika a encontrou e ela evadiu e largou uma quantidade, não lembro a quantidade da droga. Conseguimos alcança-la, ela não resistiu a prisão e a gente encontrou o material de embalo para a venda de droga e ela falou para o marido e que ele estava preso e que ela estava fazendo o marido isso para ajudar ele e também para se ajudar. Ela acabou citando que o menor, seu primo, também estava envolvido. Ela também tinha um mandado aberto de prisão em desfavor dela expedido em Bonfim, salvo engano. Com a chegada da polícia, ela subiu as escadas, ela estava com uma pouca quantidade de droga, não lembro a quantidade. Não lembro como estava acondicionada a droga, não fui eu que recolhi o material. Diligenciamos até o menor, morava em um quartinho e foi encontrado em poder dele crack, mas não me recordo a quantidade. Ele confirmou ser parente de e que ele vendia droga para . tinha ouvido falar dos acusados. O que motivou a abordagem foi uma denúncia anônima. O que motivou a guarnição adentrar na casa de , foi porque quando ela viu a viatura ela subiu as escadas, provavelmente tenha feito isso por conta do ilícito.” SD/PM – testemunha: “Lá na companhia nós temos o Disk denúncia e, lá a denúncia de uma mulher nessas características que estaria vendendo drogas naquele local. Quem faz a denúncia normalmente não se identifica. Resolvermos ir até o local para fazer a averiguação dessa denúncia e, quando chegamos lá, ela tentou sair da gente, deixou as capsulas caírem, fizemos a abordagem e encontramos uma certa quantidade na mochila dela também e depois fizemos a buscas no apartamento dela. No final fizemos uma consulta no CNJ e vimos que tinha um mandado de prisão em aberto em desfavor dela, salvo engano da comarca de Senhor do Bonfim. O que motivou adentrar na residência da foi porque ela correu quando viu a viatura. Inicialmente com a chegada polícia ela tentou entrar na residência. Foi encontrado um cartão na bolsa dela, dentro da casa dela, tinha balança, foi encontrado cocaína também. Ao ser indagada sob a droga, ela falou que era de , e que ela fazia apenas a entrega para Ela disse que contato dela com o esposo era através de chamada de vídeo de dentro do presídio. Ela disse que a droga veio do Senhor do Bonfim embalada em uma fralda. Ela mencionou que o primo dela também vendia para o companheiro dela. A guarnição foi até o local onde o primo dela estava, e lá foi encontrado crack, não lembro a quantidade e, ele também disse que vendia a droga para . Eu não conhecia os acusados. Não foi feito revista pessoal em Érika na casa dela. Não me recordo em qual local da casa estava a droga.” : “Eu estava em casa à tarde, era mais ou menos 13h, aí eu vi quando a polícia chegou invadindo minha casa, aí eles já entraram, me abordaram, aí começaram me bater perguntando cadê a droga, como era o nome do meu marido. Aí pegaram meu celular, me bateram para eu colocar a senha do celular e a droga eles acharam, era do meu uso, meu marido não tinha envolvimento nenhum, até porque não tenho contato com ele, acho que vai fazer 04 anos que eu não vejo ele, ele não tem envolvimento nenhum. A policia chegou lá em casa porque a polícia

pegou meu primo e ele levou a viatura lá em casa e, eu não tenho envolvimento nenhum com ele. Eu morava sozinha com minhas filhas. Vai fazer 07 anos que estou junta com , tenho 02 filhas com ele. Meu esposo fazia uso de maconha. Já usei algumas vezes droga. Confirmando que foi encontrado cocaína na minha casa. Só faço uso de cocaína de vez em quando. Eu falei na delegacia que misturava a droga com cafeína e que era para vender por conta da pressão dos policiais. Nenhum momento eu disse que meu marido tinha envolvimento com essa droga, até porque tem uns 04 anos que a gente não se vê. Os policiais que me forçaram a falar isso. Não sei como os policiais chegaram até meu primo. Os policiais não tinham mandado nenhum para chegar na minha casa. Quando eu cheguei à delegacia foi que eu vi meu primo no camburão. Eu comprei a droga no CEASA, não me recordo o valor. O que eu falei na delegacia foi forçado, eu não queria nem falar porque eu não tinha advogado, mas fui pressionada. Confirmando que já fui presa por tráfico de drogas. Estou morando aqui em Juazeiro porque aqui é mais fácil emprego. Só tinha meu primo aqui da família, mas eu não tinha contato com ele. Eu não estava trabalhando, tinha nem um mês que eu tinha mudado para cá, estava a procura de emprego. Nesse período eu não estava visitando meu marido no presídio. A droga foi encontrada em um volume único, até a droga que foi encontrada com meu primo colocaram para mim, sendo que eu não tenho nada a ver. Ele foi preso em um local e eu em outro. Colocaram a droga toda pra mim, sendo que ele foi preso só, não foi comigo. Os policiais colocaram sacola na minha cabeça, muitos tapas no rosto, chute nas pernas, me bateram para eu colocar a senha no celular até eu colocar a senha no celular.”

A questão a ser analisada no presente caso diz respeito a legalidade da diligência policial que culminou na entrada não autorizada judicialmente na residência da recorrente.

Consoante se observa das provas constantes nos autos, a polícia se dirigiu ao local apontado nas denúncias anônimas para averiguar a ocorrência de tráfico de drogas supostamente perpetrado por uma mulher. Ao chegarem na localidade indicada perceberam que uma mulher correu para dentro do apartamento, tendo deixado cair cerca de quatro invólucros contendo pó branco, razão pela qual deram prosseguimento à diligência no interior da residência, tendo em vista a ocorrência de flagrante delito. Não se descuidou da determinação advinda dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº. 598.051 – SP, sobre a imperiosidade de se demonstrar as fundadas suspeitas a partir de elementos concretos da ocorrência de flagrante delito a autorizar a mitigação do direito constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Neste sentido, cito ementa do julgado acima destacado: **HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.** 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". 1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo

familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de , ao dizer que: "O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!" ("The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in in the Time of George III First Series (1845) v. 1).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, 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, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese 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" (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro , DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva,

comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente. 5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. 5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos – diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas – pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local. 5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo. 6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência – uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio – outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio. 6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção ("consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion'"). (v *McCaleb*, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando *Simmons v Bomar*, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*). 6.2. No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não

servindo o silêncio como consentimento tácito. 6.3. Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio ((1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579. 6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa – ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção –, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, "necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis" (voto do Min. , no RE n. 603.616/T0). 6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial – ao dispor que, "[f]linda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º". 7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça. 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado. 8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao

Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares. 8.1. As decisões do Poder Judiciário – mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para "enriquecer o estoque das regras jurídicas" (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: , 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos. 8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada ("such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action"). 8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança. 9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública. 10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, consequentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. 11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e consequente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a

todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital. 13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. (HC n. 598.051/SP, relator Ministro, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.)

Veja. Conforme se infere do julgado acima transcrito, em especial o tópico 4 destacado da ementa citada, as circunstâncias que antecedem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem a diligência, tendo ocorrido, no caso concreto, segundo a palavra dos policiais, o fato de a apelante ter deixado cair invólucros com pó branco. A partir da apreensão desses invólucros, nos termos da prova oral colhida ao longo da persecução penal, é que se justificou a entrada no domicílio da apelante sem o mandado judicial. Cuidando-se, porquanto, da ocorrência de hipótese excepcional autorizadora da mitigação da inviolabilidade do lar, qual seja, o flagrante delito. Embora a apelante tenha negado veementemente que foi abordada do lado de fora de sua casa, aduzindo terem os policiais invadido sua casa em busca de seu companheiro e de drogas, denunciando, ainda, a invasão dos seus dados telemáticos pelo aparelho celular, verifica-se do conjunto probatório a inexistência de elementos probatórios que reforcem sua versão. Em contrapartida, a acusação encontra-se amparada na palavra de três policiais militares, os quais reportaram à autoridade judicial versão coesa e similar à apresentada na delegacia, no sentido de terem adentrado a residência da apelante somente depois de apreenderem drogas pelo caminho, que caíram quando avistou a guarnição. É cediço que o Superior Tribunal de Justiça [1] possui entendimento sedimentado acerca da validade probatória do depoimento dos policiais, quando submetido ao contraditório e corroborado pelas demais provas colhidas nos autos, como se deu no caso ora em julgamento, cabendo à defesa demonstrar a sua imprestabilidade [2].

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Concluindo as instâncias de origem, de forma fundamentada, acerca da autoria e materialidade delitiva assestadas ao agravante, considerando especialmente o flagrante efetivado e os depoimentos prestados em juízo, inviável a desconstituição do raciocínio com vistas a absolvição por insuficiência probatória, pois exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, esbarrando no óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. (...) 3. Agravo improvido."(AgRg no AREsp 1281468/BA, Quinta Turma, Rel. Min., DJe 14/12/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS SUFICIENTES. TESTEMUNHO POLICIAL INDIRETO DE QUE O CORRÉU AFIRMA PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE. PROVA ACESSÓRIA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS QUE SUSTENTAM A CONDENAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA NÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Indicando a Corte local dar-se a condenação não apenas pelo depoimento de policial, mas por outras provas também valoradas, não cabe a pretensão de nulidade da condenação. 2. Inexistindo impedimento legal ao depoimento de

policiais e presentes outras provas que sustentem a condenação, não há falar em nulidade. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl no HC 446.151/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe 27/2/2019, grifei). Deste modo, os elementos probatórios acima apontados, diferentemente do quanto sustentado pela defesa da recorrente, não revelam a ocorrência de nulidade da prova que embasou a condenação, uma vez que a entrada sem mandado judicial na residência de ocorreu em situação de flagrante delito. Estando comprovada, ademais, a autoria e a materialidade delitiva, a partir do Auto de Exibição e Apreensão (id. 31036196, fl. 09), no Laudo de Constatação (id. 31036196, fl. 39/40) e no Laudo de Exame Pericial Definitivo (id. 31036196, fls. 41/42), que atestam a natureza das drogas apreendidas como sendo cocaína e crack, mantém-se a condenação de . No que diz respeito à dosimetria de pena, embora não tenha sido arguida pela defesa, verifica-se da sentença penal que o magistrado a quo afastou a causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006 ao argumento da existência de ação penal em curso e registro por atos infracionais capazes de revelar a dedicação a atividade criminosa. Senão vejamos: ID 31036436: "Em arremate, tenho entendido que a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas é inaplicável aos casos de agentes que se dedicam a atividades criminosas. Reza o § 4º do art. 33 da Lei 11.313/06 que: 'Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.' Note-se, a respeito, que a minorante referida é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, sabidamente, por si só é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional. Seguindo essa premissa, verifico do documento de fls. 237 que a acusada responde a outra persecução por narcotráfico na comarca de Senhor do Bonfim, registrando ainda outros três procedimentos quando ainda era menor, sendo inviável a concessão da benesse. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006', quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, como, no caso em apreço, no qual há registro de outra ação também pelo crime de tráfico de drogas em desfavor do acusado. (HC 364.765/MG, Rel. Ministro , Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). Com efeito, 'O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa' (AgInt no REsp 1596478/ES, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016)." O Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência por meio da sistemática da repercussão geral, de que a valoração de inquéritos ou ações penais em curso (ainda que pendentes de recursos) viola o princípio da presunção de não culpabilidade (RE 591.054, Tema 129, Relator , Pleno, DJe 17.12.2014), sendo defeso, portanto, o

afastamento do § 4º pelo fato de o réu responder a ações penais sem o trânsito em julgado. O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, alinhando-se à Corte Suprema, decidiu em sede de Recurso Repetitivo o tema 1139 sob a seguinte redação: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". Eis a ementa do acórdão: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as

instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Ademais, importante consignar que inexistindo uma previsão exata na norma regente sobre os parâmetros interpretativos no ordenamento

jurídico acerca da “dedicação à atividade criminosa” constante no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, deve prevalecer a “primazia da posição mais favorável à defesa. Trata-se de imposição decorrente da presunção de inocência, base fundamental ao sistema penal de um Estado democrático de Direito.” [3] Desta forma, impõe-se o redimensionamento de pena, ainda que de ofício, a fim de ajustar a sentença penal de origem ao entendimento das Cortes Superiores. Neste sentido, considerando ter sido a pena base da recorrente estabelecida no mínimo legal de 5 (cinco) anos e, diante da incidência do enunciado da súmula nº. 231 do STJ, que veda a redução da pena base aquém do mínimo legal, mesmo presente a atenuante da menoridade [4], passa-se à terceira etapa do processo dosimétrico para aplicar a causa especial de diminuição da reprimenda. Observando o entendimento desta Turma [5], no sentido de que a variedade de drogas autoriza a fixação do quantum da redutora em 1/3 (um terço), de modo que, tendo sido apreendida em poder da recorrente cocaína e crack, fica a pena definitiva fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime. Preenchidos os requisitos do art. 44 do CPB, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual CONHECE DA APELAÇÃO E JULGA NÃO PROVIDA, afastando a alegação de nulidade processual, redimensionando, de ofício, a pena de para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Salvador/BA, de de 2022. Des. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora [1] (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.970.832/PR, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022); (AgRg no Ag 1336609/ES, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, DJe 14/08/2013). [2] (STJ – Processo HC 408808/PE HABEAS CORPUS 2017/0176479-0; Relator Ministro (1181); Órgão Julgador T5 – Quinta Turma; Data de Julgamento 03/10/2017; Data de Publicação DJe 11/10/2017) [3] <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9575074> [4] ID 31036196 [5] Apelação nº. 0536052-56.2019.8.05.0001