



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000379373

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500291-83.2024.8.26.0486, da Comarca de Quatá, em que é apelante ARIEL HENRIQUE LOPES DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram a preliminar arguida e negaram provimento ao recurso defensivo. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1500291-83.2024.8.26.0486

Apelante: Ariel Henrique Lopes dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: Vara Única da Comarca de Quatá

MM. Juiz de Direito: Victor Gavazzi Cesar

Voto n. 12.766

APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO. (1) PRELIMINAR. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DO INGRESSO NO DOMICÍLIO DO RÉU. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. (2) PRELIMINAR. EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE. (3) NULIDADE DE ALGIBEIRA. (4) AUTORIA E MATERIALIDADE. (5) DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. (6) NARCOTRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. (7) POSSE DE "COCAÍNA" E CONDIÇÃO DE USUÁRIO. (8) RÉU QUE FOI FLAGRADO COM PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. (9) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". (10) PENA DE ADVERTÊNCIA SOBRE O EFEITO DAS DROGAS MANTIDA. (11) AFASTAMENTO DA PRELIMINAR E DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Inviolabilidade de domicílio. Existência de fundadas razões. A garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito. Tendo em vista que o crime de narcotráfico tem natureza de "crime permanente", admite-se a prisão em flagrante sempre, ainda que esta prisão seja realizada sem mandado judicial. Inteligência da doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL definiu, em sede de repercussão geral, 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 (STF – RE 603.616/RO – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. 05/11/2015 – DJe de 09/05/2016). Em igual sentido, os seguintes precedentes do STF (HC 216.181-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 213.895-AgR/GO – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; RE 1.356.180-AgR/SC – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 04/05/2022; RHC 205.584-AgR/PI – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 16/11/2021 – DJe de 30/11/2021 e HC 192.110 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 11/11/2020 – DJe de 24/11/2020).

2. Prisão em flagrante x estado de flagrância. O flagrante previsto no art. 302, I, do Código de Processo Penal, ocorre quando o suspeito que é encontrado enquanto está cometendo a infração penal. Assim, estando o réu em estado de flagrância, pois foi encontrado praticando os crimes, nenhuma ilegalidade há de ser reconhecida.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

No caso, o crime de narcotráfico é permanente. Além disso, o encontro fortuito de provas não induz a sua nulidade, desde que lícitamente obtidas. Inteligência da doutrina de Renato Brasileiro de Lima. Precedentes do STF (Pet 9.421/DF – Rel. Min. EDSON FACHIN – Tribunal Pleno – j. em 13/12/2022 – DJe de 16/12/2022; RHC 219.193/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 08/11/2022 – DJe de 10/11/2022; Pet 7.794/PB – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 30/10/2018 – DJe de 08/11/2018; HC 83.515/RS – Rel. Min. NELSON JOBIM – Tribunal Pleno – j. em 16/09/2004 – j. em 16/09/2004 – DJ de 04/03/2005 e HC 84224/DF – Rel. Min. GILMAR MENDES – Rel. p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – Segunda Turma – j. em 27/02/2007 – DJe de 16/05/2008). Por fim, o crime de narcotráfico tem natureza de "crime permanente", certo que o estado flagrancial do crime não cessa, permitindo-se a prisão de quem quer que esteja praticando essa conduta.

3. A arguição, neste momento processual, de nulidade ocorrida em etapas já superadas do processo, com o escopo de anulação, caracteriza "nulidade de algibeira", que não é aceita pela jurisprudência pátria. Precedentes do STF (Rcl 46.835-AgR/RJ – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 03/08/2021 – DJe de 12/08/2021) e do STJ (AgRg no HC 787.595/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022).

4. Autoria e materialidade comprovadas com relação ao crime do art. 28, da Lei de Drogas.

5. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023; HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/07; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

22/10/2024 – DJe de 25/10/2024; AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 17/6/2024 – DJe de 20/6/2024; AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/8/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

6. Tráfico de drogas e uso de substância entorpecente. As circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §3º, da Lei de Regência. Doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

7. Posse de "maconha" x condição de usuário. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao decidir sobre o Tema 506 (RE 635.659/SP – Rel. Min. GILMAR MENDES – Tribunal Pleno – j. em 26/06/2024 – DJe de 27/09/2024), fixou tese no sentido de que será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40g de "maconha" ou 06 (seis) plantas-fêmeas, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta (não gerando reflexo na primariedade), até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito. Além disso, a SUPREMA CORTE reconheceu ser relativa a presunção da condição de usuário (na hipótese de estar na posse de até 40g de "maconha"), não estando a autoridade policial e os seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes, sendo necessário, apenas, que o Delegado de Polícia consigne, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários, circunstâncias que evitariam prisões discriminatórias em razão de raça ou condição social.

8. No caso concreto, o réu foi encontrado com pequena quantidade de substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica, sem provas de que se destinariam à narcotráfica, o que impede a condenação pelo crime do art. 33 da Lei de Drogas.

9. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).relativa de uso de drogas em determinadas circunstâncias.
10. Dosimetria. Pena de advertência sobre o efeito das drogas mantida, conforme fixada na Origem.
11. Afastamento das preliminares e desprovimento do apelo defensivo.

VOTO

Ariel Henrique Lopes dos Santos foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06 e ao final a sentença desclassificou a sua conduta para o crime do art. 28, da Lei n. 11.343/06, aplicando-lhe a pena de advertência sobre o uso das drogas (fls. 199/202).

Recorreu a defesa, pleiteando, em síntese: **(a)** o reconhecimento da nulidade em razão da ilegalidade da sua prisão em flagrante e da ausência de autorização para o ingresso na sua residência; e **(b)** subsidiariamente, a sua absolvição, com fundamento na insuficiência probatória (fls. 484/492).

Foram oferecidas contrarrazões de apelação pelo **Ministério Público**, pugnando-se pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 500/506).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 519/526).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

É o relatório.

Afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso defensivo.

Inicialmente, não há falar-se em ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos agente da lei.

Isso porque, a garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial (art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988). E, tendo o crime de porte de drogas, especificamente nas modalidades "guardar", "ter em depósito", "transportar" e "trazer consigo", natureza de "crime permanente", o estado flagrancial do crime não cessa, permitindo-se a detenção de quem quer que esteja praticando todas essas condutas.

Nesse sentido, acresço as lições de **GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA**, mais especificamente quanto ao crime de narcotráfico, "mutatis mutandis":

"A Constituição Federal resguarda a inviolabilidade do domicílio, que só pode ser quebrada com ordem judicial durante o dia, ou a qualquer momento para prestar socorro ou em caso de flagrante. Como a maioria das condutas previstas pelo art. 33 da Lei de Tóxicos configura crime permanente, o flagrante sempre é possível, ou seja, pode haver o ingresso ainda que durante a noite em domicílio, mesmo sem o consentimento do morador, para que se proceda à prisão em flagrante."
(Legislação Penal Especial, Volume 1, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2010 - grifou-se).

Observe, por oportuno, que o Plenário do SUPREMO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

TRIBUNAL FEDERAL definiu, em sede de repercussão geral, 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. Tal entendimento foi bem condensado na ementa do acórdão:

"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.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Negativa de provimento ao recurso."

(STF – RE 603.616/RO – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. 05/11/2015 – DJe de 09/05/2016).

Pois bem.

De acordo com o conjunto probatório, os agentes da lei **Vagner Dias** e **Anderson Avellaneda**, policiais militares, estavam em deslocamento pelo local dos fatos quando foram averiguar se o réu havia sido o autor de um crime de furto ocorrido na noite anterior. O réu, ao avistar a viatura, tentou empreender fuga, sendo abordado na sequência. Questionado, ele teria admitido que praticara o crime de furto para comprar drogas, mencionando, ainda, que as peças de roupa furtadas estariam na sua residência, próxima ao local da abordagem, e que a substância entorpecente estaria em uma gaveta. Em busca pelo local, os policiais militares encontraram a "res furtiva" e a substância entorpecente mencionada na denúncia (cf. depoimentos extrajudiciais a fls. 05/07 e em Juízo a fls. 462 – mídia digital).

Confira-se, na íntegra, o depoimento de um deles, aqui do policial militar **Anderson Avellaneda**:

"[...] exerce suas funções no policiamento tático em Tupã, mas nesta data a equipe foi designada a comparecer no município para investigar vários furtos que estão ocorrendo há alguns dias. Chegando naquele município, se dirigiram a um estabelecimento comercial de acessórios de aparelho celular, onde ocorreu um furto na noite passada e obtiveram as imagens das câmeras de monitoramento. No local foi subtraída a quantia em dinheiro de R\$ 350,00. Com as informações dos policiais militares de Quatá, o indivíduo que aparece praticando o furto foi identificado como sendo Ariel Henrique Lopes dos Santos. Assim, passaram a patrulhar no bairro onde ele reside, até que na Rua José Bravo Casacas o avistaram, e quando ele viu a viatura saiu correndo e ingressou numa casa cujo numeral não havia na parede. Ele foi encontrado escondido atrás de uma porta do banheiro. Ele foi abordado e revistado, e em seu poder foi encontrado um maço de cigarros e a quantia em dinheiro de R\$ 26,00 (vinte e seis reais). O indiciado foi inquirido sobre o furto e questionado sobre a roupa que ele vestia ao praticar o furto, respondeu que estava em sua casa. Assim se dirigiram até a residência do indiciado na Rua Floriano de Paula Martins, nº 195. O

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

indiciado informou que usou o dinheiro subtraído e comprou drogas para 'fazer' mais dinheiro, e que as drogas estariam em seu quarto. Dirigiram-se ao quarto, onde os policiais foram acompanhados pelo tio Luiz Antonio Lopes, o qual abriu a gaveta do criado mudo para procurar pelo documento do indiciado, e assim que a gaveta foi aberta, foram avistados vários papелotes de cocaína, na quantia de 26 (vinte e seis papелotes). A camiseta que o indiciado vestia ao praticar o furto, foi encontrada sob a cama. Deu voz de prisão e conduziu o indiciado a esta unidade policial. [...]" (fls. 05/06).

Deste modo, irrepreensível a atuação dos agentes da lei na prisão em flagrante do apelante, eis que a hipótese dos autos é de flagrante delito (exceção constitucional à inviolabilidade do domicílio, conforme o art. 5º, X, da Constituição Federal).

Nem se diga que a ação foi arbitrária ou desproporcional, pois as circunstâncias do fato, narradas pelos agentes públicos, legitimavam a conduta praticada. No duro, durante a abordagem, o réu **Ariel Henrique** admitira, informalmente, aos policiais militares, ter praticado o crime de furto na noite anterior, tendo subtraído algumas peças de roupa e dinheiro, que teria usado para adquirir porções de droga para posterior revenda, estando a "res furtiva" e as substâncias entorpecentes na sua residência. Assim, tendo o próprio réu admitido, ainda que informalmente, aos agentes da lei, que no interior da sua residência estavam as peças de roupa furtadas e as drogas, adquiridas para revenda, portanto, em flagrante delito, não era razoável exigir que os servidores em questão fossem pleitear uma autorização judicial para ingressar no domicílio do réu.

Tais circunstâncias demonstram, à evidência, a legalidade da abordagem policial, mercê da comprovação das "fundadas razões" que levaram a autoridade policial a ingressar no domicílio do réu, e afastam a alegação da ilicitude da prova. A esse respeito, o entendimento da nossa SUPREMA CORTE:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO. **DESRESPEITO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE: FUNDADAS RAZÕES PARA INGRESSO DOS POLICIAIS.** REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inviabilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, salvo em casos de manifesta ilegalidade. Precedentes.

2. Demonstradas fundadas razões a justificar o ingresso em moradia, não surge desrespeitada a inviolabilidade domiciliar.

3. Assentado pelas instâncias antecedentes que a entrada domiciliar se deu em vista de informações de que um dos agravantes estava envolvido com o tráfico de drogas e encontrava-se foragido, para se alcançar entendimento diverso, de modo a concluir que não havia pessoa foragida nem mandado de prisão em aberto, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, incabível na via estreita do habeas corpus.

4. O crime de tráfico de drogas, na modalidade 'ter em depósito', possui natureza permanente, prolongando-se no tempo o estado flagrantial.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 216.181-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. **ALEGAÇÃO DE OFENSA À INVIOABILIDADE DOMICILIAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. FLAGRANTE DELITO. APREENSÃO DE ENTORPECENTE NA BUSCA PESSOAL REALIZADA EM MOMENTO ANTERIOR AO INGRESSO DOMICILIAR.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício.

3. As instâncias ordinárias, soberanas quanto à matéria fático-probatória, entenderam que o ingresso no domicílio estava amparado em fundadas razões, mormente porque os policiais apreenderam drogas na busca pessoal do recorrente em momento anterior à entrada na residência, não exigindo-se, nesse caso, mandado judicial ou autorização do morador.

4. Não cabe a esta Corte rever as premissas decisórias encampadas pelas instâncias ordinárias, na medida em que tal proceder pressupõe aprofundado reexame de fatos e provas, providência

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

incompatível com a estreita via do habeas corpus.

5. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 213.895-AgR/GO – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. **INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, XI, DO TEXTO MAGNO.** AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA CONSIGNADA PELO TRIBUNAL A QUO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, no sentido 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' (Tema nº 280). Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

3. Agravo interno conhecido e não provido."

(STF – RE 1.356.180-AgR/SC – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 04/05/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES.** JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FATOS E PROVAS.

1. A orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o 'habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado' (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). Precedentes.

2. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que 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' (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes).

3. O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça não

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

divergiu desse entendimento, especialmente ao considerar que 'a narrativa contida nos autos permite que se conclua pela presença de traços indicativos de prática criminosa antes mesmo do ingresso dos policiais no endereço do paciente, de modo a justificar a mitigação da garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio'. Ainda nessa linha: HC 168.038-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ARE 1.131.533-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

[...]"

(STF – RHC 205.584-AgR/PI – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 16/11/2021 – DJe de 30/11/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INVOLABILIDADE DOMICILIAR. FLAGRANTE CONFIGURADO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA AUTORIZAÇÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS EM DOMICÍLIO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. CONCURSO MATERIAL ENTRE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006). NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE ACENTUADA QUANTIDADE DE DROGA. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A Constituição Federal estabelece 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, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam. Portanto, como definido de maneira vinculante, 'a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados' [RE 603.616-AgR/RG – Tema 280].

[...]"

(STF – HC 192.110 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 11/11/2020 – DJe de 24/11/2020).

Nem se diga que não houve acompanhamento da diligência pelo réu porque, conforme exposto pelos policiais militares, o tio do réu, **Luiz**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Antônio, atendeu os milicianos durante as buscas.

Também não há que se falar em inexistência de flagrante.

No caso concreto, os agentes da lei diligenciaram até o local após confirmarem com o réu que ele guardava peças de roupa furtadas na noite anterior e drogas na sua residência.

Trata-se, portanto, da hipótese do art. 302, I, do Código de Processo Penal (flagrante próprio). O flagrante previsto no art. 302, I, do Código de Processo Penal, ocorre quando o suspeito é encontrado enquanto está cometendo a infração penal. A propósito, a palavra flagrante, para alguns autores, dentre eles **JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR**, tem raiz grega na palavra "flegein", que significa queimar, enquanto que para outros doutrinadores, como **HÉLIO TORNAGHI**, tem origem no verbo latino "flagro", "flagrans", "flagravi", "flagratum" e "flagrare", todos com o mesmo significado etimológico, traduzindo a ideia daquilo que está queimando, em chamas, crepitando, ardendo. Assim, estando o réu em estado de flagrância, pois foi encontrado praticando o crime, a prisão era de rigor.

Assim, não há que se falar em qualquer ilegalidade na prisão flagrancial do réu.

Por fim, ressalto que essa preliminar ventilada pela defesa não foi objeto de questionamento nas alegações finais apresentadas oralmente na Origem, após o encerramento da instrução penal, de sorte que nem sequer poderia, no duro, ser conhecida, sob pena de chapada supressão de instância.

A arguição, neste momento processual, de nulidade ocorrida em etapa já superada do processo, com o escopo de anulação, caracteriza

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"nulidade de algibeira", que não é aceita pela jurisprudência pátria:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPEACHMENT DE GOVERNADOR DE ESTADO. RESPEITO AO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 1.079/1950. GARANTIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

4. Inexistência de prejuízo. A alegação de nulidade, após o esgotamento do trâmite processual, caracteriza-se como "nulidade de algibeira". Portanto, "embora tenha o direito de alegar a nulidade, mantém-se inerte durante longo período, deixando para exercer seu direito somente no momento em que melhor lhe convier, acaba por renunciar tacitamente ao seu direito de alegá-la. (...). Nessa quadra, também se revela incompatível com o princípio da boa-fé processual o reconhecimento de nulidades em qualquer momento processual, sem a possibilidade de se declarar a preclusão" (ACO 847 AgR-segundo, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2019).

5. Agravo regimental desprovido."

(STF – Rcl 46.835-AgR/RJ – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 03/08/2021 – DJe de 12/08/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. NULIDADE DO PROCESSO. JUNTADA DE PROVAS APÓS A SENTENÇA. PROVAS NÃO UTILIZADAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 2. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO ÍNSITO. NÃO VERIFICAÇÃO. PROVAS SEM APTIDÃO PARA DESCONSTITUIR A CONDENAÇÃO. 3. PEDIDO JÁ EXAMINADO E REFUTADO. PROCESSO COMO ENCADEAMENTO DE ATOS PRA FRENTE. 4. PLEITO QUE SE ASSEMELHA À NULIDADE DE ALGIBEIRA. ATITUDE NÃO ADMITIDA. OFENSA À BOA-FÉ E À LEALDADE PROCESSUAL. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. Cuidando-se de sentença condenatória proferida há mais de 15 anos, contra a qual já foi interposto o competente recurso de apelação, no qual se afirmou não haver nulidade na juntada tardia de provas não utilizadas, porquanto manifesta a ausência de prejuízo, recorde-se que a renovação da irresignação nesse momento processual pode ser igualmente considerada uma "nulidade de algibeira". "Observe-se que tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais" (AgRg no HC n. 732.642/SP, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe de 30/5/2022). Registre-se, por oportuno, que a boa-fé e a lealdade processual foram tratadas de forma objetiva e não subjetiva. Quer dizer que não se está a afirmar que o nobre causídico teve a intenção de agir de má-fé ou com deslealdade, mas apenas que a conduta adotada, ou seja, seu comportamento, de renovar a alegação de nulidade já refutada há 15 anos, não se coaduna com o que se espera, em regra, dos atores processuais.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

5. Agravo regimental a que se nega provimento."
(STJ – AgRg no HC 787.595/RS – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022).

Portanto, nenhuma nulidade a ser reconhecida.

Adiante.

O réu **Ariel Henrique Lopes dos Santos** foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, nos seguintes termos:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 23 de outubro de 2024, por volta das 17h45min, na Rua Floriano de Paula Martins, 195, nesta cidade de Quatá, ARIEL HENRIQUE LOPES DOS SANTOS, qualificação às fls. 5/7, guardava, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para fins de tráfico, 26 porções de Cocaína, com massa líquida de 10.4g, entorpecente que determinam a dependência física e psíquica, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 16 e laudo de constatação de fls. 18/21.

Conforme apurado, o denunciado, na data dos fatos, guardava no imóvel que reside quantidade de cocaína para fins de tráfico.

O fato foi descortinado porque Policiais Militares realizavam diligências pela cidade diante da ocorrência de diversos furtos recentes, e notaram que o denunciado, suspeito por praticar furto em data anterior, empregou fuga com a aproximação da viatura policial. Em seguida, os militares foram ao encalço do denunciado e conseguiram abordá-lo, ocasião em que ele admitiu aos policiais que possuía na sua residência drogas para tráfico e que foram adquiridas com dinheiro oriundo do crime de furto.

Os policiais militares, ante os indícios fortes e a situação de flagrante de tráfico, dirigiram à residência do denunciado e localizaram na gaveta do criado mudo do quarto dele as vinte e seis porções de cocaína.

Diante da elevada quantia, espécie diversa, a forma como a droga estava acondicionada, da apreensão, do local, as circunstâncias do caso e das informações prestadas pelo denunciado aos policiais militares, concluiu-se que o destino das drogas era o tráfico.

Ante o exposto, o Ministério Público denuncia ARIEL HENRIQUE LOPES DOS SANTOS como incurso no art. 33, "caput", da Lei nº 11343/2006.

Requer-se que, recebida e autuada esta, se lhe instaure o competente processo penal, notificando-o para apresentar resposta à acusação, e, após o recebimento da denúncia, proceda-se a citação do denunciado, designando-se audiência para a oitiva das testemunhas abaixo arroladas, bem como para a realização do interrogatório do réu, prosseguindo-se, nos termos da Lei nº 11.343/2006, até final condenação e a consequente decretação do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

perdimento dos bens apreendidos nos autos na forma do art. 63 da Lei 11.343/2006. [...]" (fls. 02/03).

Seguindo.

A materialidade está consubstanciada no auto de exibição e apreensão (fls. 19), que prova que o réu guardava substância entorpecente, substância entorpecente essa que, nos termos do laudo de constatação preliminar, era "cocaína" (fls. 22/24), no qual se baseou a denúncia, o laudo de exame químico-toxicológico posteriormente confirmando tratar-se da substância entorpecente em questão (fls. 75/78).

O réu **Ariel Henrique**, interrogado em Juízo, admitiu ser usuário de drogas, mencionando que as peças de roupa furtadas estavam na sua casa (fls. 462 – mídia digital).

Por sua vez, os policiais militares **Vagner Dias e Anderson Avellaneda**, testemunhas arroladas pela acusação, afirmaram, em Juízo, que estavam em patrulhamento e foram averiguar se o réu havia sido o autor de um crime de furto praticado na noite anterior. Os agentes da lei disseram que o réu admitiu o furto e encontraram, na sua residência, a droga mencionada na denúncia (fls. 462 – mídia digital).

Aliás, em se tratando de policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexistente qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam prestados

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexiste qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"[...]

Nesse diapasão, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à validade do depoimento de autoridade policial prestado em juízo, porquanto 'a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações' (HC 87662, Relator Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 16.02.2007). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAIIS - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR **POLICIAIS** - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. VALIDADE DO **DEPOIMENTO** TESTEMUNHAL DE AGENTES **POLICIAIS**. - **O valor do depoimento**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 18.10.1996) Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. 3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes. 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 77565, Relator Néri da Silveira, Segunda Turma, DJe 02.02.2001)

HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A competência para julgá-lo é do Superior Tribunal de Justiça, ficando obstaculizada a possibilidade de o jurisdicionado proceder à escolha do órgão julgador. SENTENÇA - PROVA - FLAGRANTE - **DEPOIMENTO DOS POLICIAIS.** Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais. (HC 73529, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, DJe 06.09.1996) HABEAS CORPUS - ATO INDIVIDUAL - ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS - REVISÃO CRIMINAL - ÓBICE - INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TÍTULO CONDENATÓRIO - FUNDAMENTOS - NULIDADE - AUSÊNCIA. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório. CONDENAÇÃO - HIGIDEZ. Constando do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição. (HC 166027, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 12.02.2021)

No caso concreto, embora o apenado tenha negado seu envolvimento, o magistrado formou seu convencimento quanto à participação do recorrente na tentativa de fuga com fulcro no depoimento do Chefe de Segurança da unidade prisional, Antonio Morais, que presenciou os fatos (eDOC 7).

Da mesma forma, o Tribunal local entendeu, com base no depoimento do policial, 'que os apenados estavam escavando a parede para tentarem empreender fuga da unidade prisional, não restando dúvidas acerca da participação do agravante na empreitada fugitiva, pois, segundo resultou apurado, ele era o responsável por monitorar e avisar os demais apenados acerca do aproximação dos agentes penitenciários' (eDOC 5, p. 2).

Com efeito, não há ilegalidade na decisão que reconheceu a falta grave com base no depoimento do agente de segurança que presenciou os fatos.

[...]

Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, descabe conceder a ordem.

2. Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

"AGRAVO INTERNO NO *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENDIDO JUÍZO ABSOLUTÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. RETERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo inadmissível a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *ex vi* do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

3. O testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo. Precedentes: HC 209.923-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/06/2022; RHC 208.086-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08/03/2022; HC 214.062-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/12/2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 223.425-AgR/RJ – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. *HABEAS CORPUS* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Revelando o *habeas corpus* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TRÁFICO DE DROGAS – DUPLA PUNIÇÃO – INOCORRÊNCIA. Demonstrada condutas autônomas, em contextos diversos, não cabe cogitar de dupla punição ante único crime. **TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, de policiais.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistente inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."

(STF – HC 150.760/PR – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** - Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. **DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE.** REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque **a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações.**"

(STF – HC 87.662-5/PE – **Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO** – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007);

"O valor de **depoimento testemunhal de servidores policiais** - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - **reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.** O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(STF – HC 73.518-5/SP – **Rel. Min. CELSO DE MELLO** – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*.
COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. **POLICIAL.**
TESTEMUNHA: VALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA:
INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE.

[...]

II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

[...]

V. - HC indeferido."

(STF – HC 76.381/SP – **Rel. Min. CARLOS VELLOSO** – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. VALIDADE DA PROVA. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL AO TRÁFICO. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME

[...]

4. O depoimento dos policiais, corroborado pela apreensão de entorpecentes, constitui meio de prova válido, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, não havendo nulidade a ser reconhecida.

[...]

IV. ORDEM DENEGADA."

(STJ – HC 926.476/SP – **Rel. Min. Daniela Teixeira** – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADES AFASTADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. PROVA VÁLIDA. PARCIALIDADE DO DEPOIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Outra questão é a alegação de que o depoimento policial não poderia ser considerado imparcial devido à relação com a vítima.

III. Razões de decidir

6. A decisão considerou que a entrada no domicílio foi justificada por fundadas suspeitas, com consentimento da mãe do acusado, não

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

configurando violação de direitos.

7. O depoimento dos policiais foi considerado idôneo e corroborado por outras provas, não havendo prequestionamento a respeito da sua parcialidade.

8. A revisão do acervo probatório é inviável em recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

IV. Dispositivo e tese9. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões de flagrante delito e consentimento do morador." **2. O depoimento policial é prova idônea, salvo demonstração de parcialidade.** 3. Ausente a discussão da controvérsia recursal nas instâncias ordinárias, atrai-se a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts.

155, 214. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 2.097.120/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/12/2023; STJ, AgRg no AREsp n. 2.009.660/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/6/2022; STJ, AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 03/11/2021."

(STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 22/10/2024 - DJe de 25/10/2024);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV- O depoimento policial merece credibilidade em virtude da fé pública inerente ao exercício da função estatal, só podendo ser relativizado diante da existência de indícios que apontem para a incriminação injustificada de investigados por motivos pessoais.

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 860.201/SP – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** - Quinta Turma – j. em 17/6/2024 - DJe de 20/6/2024);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS.** PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento perfilhado no acórdão recorrido está em harmonia com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, Tema 280/STF, segundo o qual o ingresso dos policiais no domicílio do réu, sem autorização judicial ou consentimento do morador, será lícito quando houver fundadas razões da situação de flagrante delito naquela localidade.

2. No caso, os policiais encontraram com os suspeitos - antes mesmo do ingresso na residência de um dos acusados - uma porção de maconha, obtendo a informação de que "em um apartamento, naquela mesma rua, estavam dois comparsas [entre eles, o ora recorrente] e mais entorpecentes", o que motivou o deslocamento dos agentes até o imóvel no qual havia significativa quantidade de droga, bem como apetrechos relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes. Sob tal contexto, não há como acolher a tese defensiva de ilicitude da prova, uma vez que evidente a presença de justa causa para a adoção da medida de busca domiciliar.

[...]

8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/3/2023 - DJe de 17/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR AS CONDENAÇÕES. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INVIABILIDADE. GRAVIDADE DAS CONDUTAS PERPETRADAS E REITERAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se deconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

[...]

- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 782.347/RJ – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 22/11/2022 - DJe de 28/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUTOR DO FATO ATRIBUIU A SI FALSA IDENTIDADE. SUPERVENIENTE RETIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO À ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROVOCADA PELA PARTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos dos autos indicam que, ao ser preso em flagrante, o Paciente teria atribuído a si falsa identidade. Essa conduta, nos termos entendimento consolidado por esta Corte no Enunciado n. 522, da súmula de jurisprudência, é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 765.898/MG – **Rel. Min. Laurita Vaz** - Sexta Turma – j. em 25/10/2022 - DJe de 3/11/2022);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de reconhecimento de nulidades: violação de domicílio e devassa em telefones celulares. Observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre os referidos temas expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

IV - Registre-se, ainda, que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e coerentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - a absolvição dos pacientes - requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido."

[STJ - AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) - Quinta Turma – j. em 2/8/2022 - DJe de 16/8/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

[...]

3. Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 695.249/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 26/10/2021 - DJe de 03/11/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), mas também diante da prova testemunhal.

2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. **Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes.**

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.877.158/TO – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 14/09/2021 – DJe de 20/09/2021).

Por isso, força convir, os depoimentos judiciais dos policiais militares merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação de sentença condenatória, depoimentos estes que, em Juízo, sintonizaram-se com os seus depoimentos prestados extrajudicialmente (fls. 05/07).

Essas são as provas coligidas aos autos.

No caso concreto, as circunstâncias em que o réu foi flagrado e a quantidade de drogas que ele guardava, aqui 26 (vinte e seis) porções de "cocaína", pesando 10,4g, não apontaram, com a precisão exigida, estivessem destinadas à prática do comércio espúrio, tendo em vista não

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

haver notícia, pelo menos nestes autos, de ter sido ele surpreendido em ato de mercancia ou em qualquer outro ato que sugerisse a prática narcotraficante, a droga sendo encontrada em uma gaveta na sua residência, ele que, inclusive, também estava na posse de pequena quantia de dinheiro.

Isso porque, nos exatos termos do art. 28, §2º, da Lei de Regência, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas.

Por todos, trago à colação as lições de **GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA** que analisa, um a um, os critérios para saber se a droga encontrada em poder de um determinado agente seria destinada, ou não, para o próprio uso pessoal ou se para a prática do narcotráfico:

"Sabe-se que prevalece no Brasil, o princípio do livre convencimento do juiz, o que significa que não há prova tarifada, e o juiz pode se deixar convencer por toda prova que não seja classificada como ilícita ou ilegítima. Deve ainda o julgador expor de forma racional as razões de seu convencimento, o que permite nomear o princípio como 'persuasão racional'.

A regra não perde força em razão da redação do §2º, que a nosso ver apenas orienta o julgador na difícil missão de reconhecer qual a finalidade que o acusado iria dar à droga que trazia consigo (ou cultivava - §1º). Assim, deve o magistrado atentar aos seguintes critérios:

1) *Natureza e quantidade da droga*: Há drogas cuja utilização requer grande quantidade, e há drogas que em pequenas quantidades são suficientes a proporcionar o torpor buscado pelo usuário. Apenas o cotejo da natureza da droga com a quantidade apreendida é que permitirá uma correta valoração de tal indício no sentido da determinação da especial intenção do agente.

O objeto da norma seria orientar que a grande quantidade é indício de traficância e a pequena quantidade indício de que a posse visa o uso. Acreditamos ser importante que o julgador busque informar-se com peritos, assistentes sociais e policiais sobre quais as quantidades normalmente utilizadas pelos usuários e dependentes. A distorção de informações, mormente tendo como fonte a imprensa

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não especializada, pode resultar em enganos desastrosos.

Há que se observar, no entanto, que a quantidade da droga é apenas um indício. É um critério relativo. É um indício que, salvo quantidades exorbitantes, não pode orientar, sozinho, a classificação de traficância. Recomenda-se a conjugação dos demais critérios. Há posição minoritária no sentido de que a quantidade, ainda que não exagerada, é suficiente para caracterizar a traficância.

2) *Local*: O local também deve ser compreendido como mero indício, e com grande cautela para que não haja equivocada interpretação. É que a proximidade com a 'boca' de venda de drogas pode significar traficância, pois é o local em que se vende, e pode significar intenção de consumo pessoal, pois é o local em que se compra. Enfim, acreditamos que o local diz muito pouco sobre a intenção do indivíduo, salvo raríssimas exceções, como laboratório de refino, grande depósito com droga visível...

3) *Condições em que se desenvolveu a ação*: São indícios conhecidos: testemunha que afirma ter comprado droga do detido; entrada e saída de várias pessoas; balança ou instrumento para preparo; material para embalagem... Este deve ser, em nossa opinião, o principal critério orientador, pois é mais objetivo e capaz de trazer maior segurança na matéria probatória. É necessário cuidado com a valorização sobre estar ou não a droga embalada para venda: é que assim como a droga é embalada para a venda pelo traficante, é comprada embalada pelo usuário, ou seja, a forma como venda embalada pouco ou nada diz sobre a intenção do acusado.

4) *Circunstâncias sociais e pessoais*: Costuma ser levada em alta conta a situação econômica do agente, pois a grande quantidade de droga em poder de pessoa com pouca capacidade econômica seria indício sério de traficância. Embora a conclusão seja razoável, não deixa de ratificar o caráter discriminatório da persecução penal, pois o raciocínio a *contrario sensu* permite concluir que, para o sujeito com grande capacidade econômica, a classificação da conduta como traficância é mais difícil, e para o pobre, mais fácil. Tal agir é, a nosso ver, apenas uma cômoda eleição de um bode expiatório, que ao desprezar as finalidades democráticas da pena e as garantias individuais do sujeito, incrementa as estatísticas sobre prisões e condenações, tão caras às autoridades políticas com objetivos eleitoreiros e aqueles que a elas servem (ainda que inconscientemente). Tais indícios só podem ser considerados, assim, se pesquisados a fundo, com demonstração suficiente – produção de provas – pela acusação de que as circunstâncias sociais (ex: riqueza injustificada) ou pessoais (vangloriar-se da traficância) permitem concluir pela intenção de tráfico.

5) *Conduta*: Um bom indício é a observação da conduta do acusado, sendo tomado como indício de traficância o fato de atender várias pessoas, entregar objetos e receber quantias injustificadamente.

6) *Antecedentes*: O sujeito que conta com maus antecedentes tem, realmente, maior chance de voltar a delinquir, eis que marginalizado, tem pouca oportunidade de ingressar no mercado de trabalho. Conforme a letra da lei, os antecedentes do sujeito são levados em seu desfavor, preferindo-se assim imputar a conduta de tráfico àqueles que já responderam ou tiveram condenação anterior pelo crime. Repudiamos tal indício de traficância, pois desrespeita a presunção de inocência quando não traz a necessidade de condenações para que se 'revele' o indício, confessa a falência da capacidade ressocializadora da pena e incrementa a estigmatização

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do condenado, que sempre será o primeiro suspeito ('suspeito de sempre') quando surpreendido nas proximidades de local destinado à venda."

(**Legislação Penal Especial**, Volume 1, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2010).

A conduta aqui é, portanto, a do art. 28, da Lei de Drogas.

E sobre o art. 28, da Lei n. 11.343/06, entendo necessário trazer algumas considerações.

A primeira delas é a de que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao decidir sobre o Tema 506 (RE 635.659/SP – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Tribunal Pleno – j. em 26/06/2024 – DJe de 27/09/2024), não declarou a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei n. 11.343/06, em relação a todas as substâncias entorpecentes, mas apenas em relação à "Cannabis sativa" (popularmente conhecida como "maconha"), estabelecendo um critério objetivo de distinção entre o usuário e o traficante no que tange ao porte de "maconha", bem como deliberou sobre a permanência (ou não) de reflexo penal para aqueles que se enquadrassem dentro do novo panorama fático.

Assim, após anos desde o início do julgamento (iniciado em 19/08/2015), a **CORTE** fixou tese no sentido de que será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40g de "maconha" ou 06 (seis) plantas-fêmeas, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta (não gerando reflexo na primariedade), até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito. Confira-se a ementa do referido julgamento:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006, PARA AFASTAR A REPERCUSSÃO CRIMINAL DO DISPOSITIVO EM RELAÇÃO AO PORTE DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CANNABIS SATIVA PARA USO PESSOAL. RISCO DE ESTIGMATIZAÇÃO DO USUÁRIO. DESLOCAMENTO DO ENFOQUE PARA O CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS E DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA AO USUÁRIO. MANUTENÇÃO DO CARÁTER ILÍCITO DO PORTE DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA E DE APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS EM LEI (INCISOS I E III DO ART. 28), MEDIANTE PROCEDIMENTO NÃO PENAL. INSTITUIÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DISTINGUIR USUÁRIOS E TRAFICANTES.

1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão.

3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública.

4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

5. O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador.

6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei (“consumo pessoal” e “pequena quantidade”) recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários.

7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006. 8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006. 9. Por todo o exposto, fixa-se a seguinte tese de repercussão geral: (i) não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); (ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; (iii) em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; (iv) nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; (v) a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; (vi) nesses casos, caberá ao delegado de polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; (vii) na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; (viii) a apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário. 10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei. 11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. (STF – RE 635.659/SP – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Tribunal Pleno – j. em 26/06/2024 – DJe de 27/09/2024).

Além disso, a SUPREMA CORTE reconheceu ser **relativa a presunção da condição de usuário** (na hipótese de estar na posse de até 40g de "maconha"), não estando a autoridade policial e os seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes.

Logo, independente de existir, hoje, uma presunção de que aquele que está na posse direta de 40g de "maconha" é usuário de drogas (e não traficante), a conclusão do julgamento do RE 635.659/SP (Rel. Min. GILMAR MENDES) não subtraiu da autoridade policial a possibilidade de, no caso concreto, entender que aquele "usuário" era, na verdade, um traficante de drogas. Apenas determinou que caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários, circunstâncias que contribuirão para evitar prisões discriminatórias em razão de raça ou condição social.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Por fim, em relação às demais substâncias entorpecentes diversas da "maconha", o art. 28, da Lei n. 11.343/06, continua sendo aplicado na sua integralidade, não havendo qualquer descriminalização da conduta.

Aliás, mesmo que se cogitasse ter o legislador optado por um modelo punitivo moralizador, prometendo sanção penal àquele que pratique qualquer das condutas enumeradas nesse tipo misto alternativo (art. 28, da Lei de Drogas), isso é absolutamente normal, afinal tem o caráter preventivo e reeducativo (específico e geral). No mais, o referido crime dispensa a produção de qualquer resultado danoso, sendo considerado pela Doutrina de "perigo abstrato", pois foi esta a intenção do legislador e é a vontade da lei coibir, por todos os meios, a difusão do uso de drogas, que, volto a dizer, tem como bem jurídico tutelado a "saúde pública", direito difuso por excelência, que se sobrepõe à liberdade individual daquele que consome entorpecentes.

Nesse sentido, as lições de **VICENTE GRECO FILHO**, citando a Corte Constitucional Italiana, a saber:

"A punição do simples porte se insere, como parte no todo, no quadro geral e no ciclo operativo completo, da luta, com meios legais, em todas as frentes, contra o alto poder destrutivo do uso de estupefacientes e contra a difusão de seu contágio que alcançam o nível de manifestações criminosas tais que suscitam, em medida cada vez mais preocupante, a perturbação da ordem.

[...]

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa.

Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno."

(**Tóxicos — Prevenção — Repressão**, 11ª edição, Editora Saraiva, 1996).

Para colocar uma pá de cal na questão, trago à balha os

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ensinamentos de **GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA**:

"Continua a ser, como no art. 16 da revogada Lei nº 6.368/76, a saúde pública. É que não seria, a nosso ver, constitucional proteger a integridade física do próprio usuário, visto que a autolesão não é punida, dada a autonomia individual.

Outro questionamento importante seria a indevida ingerência estatal na esfera da privacidade da pessoa, que teria o direito à privacidade. Possível afastar o argumento com base no interesse social que, no caso, merece ser tratado com excepcional supremacia, justificada pela também excepcional influência – aceita pela maioria dos estudiosos – que o uso/tráfico de drogas tem no incremento da violência social, na quebra dos relacionamentos familiares, na brusca ruptura de padrões morais tidos como necessários e, principalmente, na lesão violenta a bens jurídicos alheios – prática de crimes graves." (Legislação Penal Especial, Volume 1, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2010).

Ante o exposto, as provas dos autos consubstanciam um conjunto de indícios que convergem no sentido de evidenciar a condição de usuário do réu **Ariel Henrique**, tal como reconhecido na sentença, pois as 26 (vinte e seis) porções de "cocaína", pesando 10,4g, além de pequena quantia em dinheiro, encontradas na sua casa, não apontaram, nas circunstâncias do caso, que elas fossem destinadas à prática do comércio espúrio. Até porque, diga-se de passagem, os policiais militares não flagraram o réu praticando atos de venda.

A esse respeito, trago a fundamentação adotada na sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Quatá, que também passa a integrar este Voto:

"É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Trata-se de ação penal pública incondicionada, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em que se busca apurar a responsabilidade criminal do réu pela prática dos fatos narrados na denúncia.

Registre-se, de início, que o processo transcorreu normalmente, não havendo irregularidades ou nulidades a serem sanadas. Ademais, não se vislumbram quaisquer questões preliminares ou prejudiciais suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Deste modo, presentes os pressupostos processuais e as condições de admissibilidade da pretensão acusatória, passo ao exame do mérito.

Para que se possa cogitar em condenação no âmbito criminal, os fatos descritos na denúncia devem necessariamente corresponder a um tipo penal previsto em lei incriminadora vigente à época da conduta imputada.

Além disso, a acusação deve comprovar, mediante provas robustas colhidas na esfera judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os critérios de autoria e materialidade, para todos os crimes apontados na denúncia.

O "caput" do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 assim descreve o delito de tráfico: "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

O tipo objetivo pune diversas condutas relacionadas ao comércio e a movimentação substâncias entorpecentes, enquanto o tipo subjetivo consiste no dolo (vontade livre e consciente) de praticar o comércio ilícito. O objeto material é a droga, o objeto jurídico é a saúde pública. Ademais, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla (tipo misto alternativo/conteúdo variável) e a prática de qualquer dos verbos contidos no artigo 33, "caput", é suficiente para a consumação da infração, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente (HC 332396/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria 5ª Turma, julgado em 23/02/2016, e AgRg no AREsp 397759/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 04/08/2015).

Pois bem. No caso dos autos, a materialidade ficou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 19, pelo laudo pericial definitivo de fls. 75/78, bem como pelos depoimentos colhidos em juízo.

A autoria, por sua vez, restou igualmente comprovada, recaindo sobre o acusado.

Todavia, não obstante estarem presentes autoria e materialidade, as provas coligidas nos autos, bem como os argumentos expendidos pelo Ministério Público e pela Defesa em sede de alegações finais, apontam para a necessidade de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Com efeito, como bem salientado pelas partes, os Policiais Militares, inicialmente, realizaram diligências nesta urbe para localizar o acusado Ariel e esclarecer o seu envolvimento com a prática de um crime de furto contra estabelecimentos comerciais praticados no dia anterior.

Durante o patrulhamento, avistaram o réu em via pública que, ao avistar a guarnição policial, empreendeu fuga, tentando adentrar em sua residência. Contudo, o réu acabou sendo contido, não portando nenhum objeto ilícito consigo.

Ao ser indagado sobre o seu envolvimento com a prática do crime de furto, o réu acabou confessando a autoria e explicando que teria adquirido entorpecentes com o produto do crime, indicando onde teria guardado as drogas e salientando, inclusive, que não pretendia prejudicar outros familiares.

Dentro de tal contexto, como bem ponderado pelo Ministério Público, não é minimamente crível que o réu tivesse a intenção de traficar,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

considerando seu largo histórico como usuário e a própria dinâmica envolvendo a apreensão das drogas.

Nesse sentido, na data dos fatos, o acusado procurou seu tio para pedir dinheiro emprestado, utilizando-se para tanto do telefone celular da ex-cunhada.

Ora, se a real intenção fosse o tráfico, por certo o réu não buscaria a ajuda de terceiros para obtenção de dinheiro para a aquisição de entorpecentes ou se exporia de tal forma, principalmente considerando que havia praticado um furto no dia anterior, o que fatalmente atrairia a atenção dos agentes da lei.

Outrossim, não há nos autos elementos concretos e robustos acerca do envolvimento pretérito do acusado com o tráfico ilícito de entorpecentes, tendo os policiais militares consignado que o acusado era conhecido nos meios policiais pela prática de delitos patrimoniais, o que corrobora a tese de que tais crimes eram praticados justamente para sustentar o vício.

Nesse contexto, conforme pontuado pela acusação, a forma como se deu a abordagem policial e a fuga empreendida pelo réu estão muito mais relacionadas ao crime de furto praticado no dia anterior do que propriamente com o tráfico de drogas, já que não havia nenhuma substância ilícita com o acusado no momento em que ele tentou se evadir.

Também merece destaque o fato do aparelho celular apreendido não pertencer ao acusado, mas sim a sua ex-cunhada Fernanda, conforme se infere das conversas extraídas e do relato da própria Fernanda nos autos. Tal circunstância igualmente fragiliza a tese acusatória de tráfico.

Por fim, cumpre consignar que a quantidade de droga apreendida (26 porções / 10,4g de cocaína) é absolutamente compatível com o consumo pessoal.

Nesse contexto, existindo fundadas dúvidas quanto à tipificação do fato como tráfico, diante da pequena quantidade de entorpecente apreendida, compatível com o porte para uso próprio, deve o delito enquadrar-se na figura do artigo 28 da Lei 11.343/06, consoante pacífico entendimento jurisprudencial:

"Apelação - Uso de substância entorpecente - Recorrente surpreendido por policiais militares tendo em seu poder porções de maconha - Materialidade e autoria demonstradas pelas provas coligidas, técnica e oral - Tráfico, contudo, não demonstrado - Recorrente que, embora negando a imputação, alegou no momento da prisão e em juízo que é usuário de drogas - Não foi, ademais, surpreendido realizando qualquer ato indicativo do proscrito comércio - Desclassificação de rigor - Recurso do Ministério Público improvido" (Apelação Criminal 0007687-49.1998.8.26.0050; Relator(a): Salles Abreu; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 03/03/2009; Data de registro: 08/04/2009)

TRÁFICO DE DROGAS Quadro probatório que não traz a necessária certeza quanto à finalidade mercantil do entorpecente Posse para uso próprio Quantidade pequena de droga que exige prova concreta de que se destinava à entrega para terceiros para comprovar o delito de tráfico - Desclassificação para uso próprio Admissibilidade Acerto da decisão desclassificatória para o art. 28, da Lei n. 11.343/06 Recursos improvidos (TJ-SP - APR: 00027805820168260322 SP 0002780-58.2016.8.26.0322, Relator: Newton Neves, Data de Julgamento: 20/05/2021, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Publicação: 20/05/2021)

Por todo o exposto, considerando as judiciosas ponderações do órgão ministerial e da defesa em sede de alegações finais, que apontou de forma substancial e fundamentada para a necessidade de desclassificação da conduta, entendo que a acusação não se desincumbiu do ônus de provar cabalmente a destinação mercantil da droga apreendida, razão pela qual, no contexto dos autos, não há como reconhecer a prática do crime de tráfico, impondo-se a desclassificação para a figura típica do art. 28 da Lei de Drogas. Assim, passo a dosar a pena a ser aplicada ao acusado em relação ao crime de que trata o artigo 28 da Lei 11.343/06. [...] (fls. 469/473).

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando dar escopo à fundamentação deste Acórdão, não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

República.

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal.** Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]"

(STF - HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Portanto, a condenação deve ser mantida, nos termos em que proferida na Origem.

Passo à pena.

Para o crime do art. 28, da Lei n. 11.343/06, foi fixada a pena de advertência sobre os efeitos das drogas, nos termos do art. 28, I, da Lei de Drogas, sendo a sanção adequada.

Com essas considerações, **afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso defensivo.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator