



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000395614

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500776-46.2024.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante RIAN AUGUSTO FLORIANO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

MENS DE MELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Processo nº: 1500776-46.2024.8.26.0272

Apelante(s): Rian Augusto Floriano

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara da Comarca de Itapira

Juiz(a) Prolator(a): Dra. Renata Fanin Pupo Dos Santos

Data do fato: 22/07/2024

Voto nº 38068

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

1. O apelante foi condenado por tráfico de drogas, conforme artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 250 dias-multa. O réu foi flagrado com 44 microtubos de cocaína, pesando aproximadamente 71 gramas, após tentativa de fuga e descarte de uma sacola contendo drogas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) nulidade da denúncia por falta de justa causa; (ii) inconstitucionalidade dos tipos penais por serem em branco; (iii) ilegalidade da abordagem pela guarda municipal; (iv) ausência de fundada suspeita para busca pessoal; (v) pedido de absolvição por falta de provas ou desclassificação para uso pessoal.

III. Razões de Decidir

3. A denúncia foi considerada apta, descrevendo suficientemente os fatos para o exercício da defesa, conforme artigo 41 do CPP.

4. O artigo 33 da Lei 11.343/06 não é inconstitucional, sendo norma penal em branco heterogênea, complementada por norma infralegal.

5. A atuação da guarda municipal foi considerada legal, com base no artigo 144, §8º, da CF e na Lei nº 13.022/14, que confere poder de polícia aos guardas municipais.

6. A busca pessoal foi justificada pela fundada suspeita, baseada na fuga do réu e descarte de drogas, conforme jurisprudência do STF.

7. A confissão extrajudicial do réu, corroborada por depoimentos de guardas municipais, foi considerada válida para a condenação.

8. A quantidade e forma de acondicionamento das drogas indicam tráfico, não uso pessoal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão, mantendo a pena inalterada.

Tese de julgamento: 1. A denúncia que descreve

suficientemente os fatos não é inepta. 2. A guarda municipal tem poder de polícia para atuar em casos de flagrante delito. 3. A busca pessoal é válida quando há fundada suspeita. 4. A confissão extrajudicial, corroborada por outras provas, é válida para condenação.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 144, §8º; CPP, arts. 41, 156, 202, 206, 240, §2º; Lei 11.343/06, art. 33, §4º; Lei nº 13.022/14, arts. 3º, III, 5º, IV; CP, art. 66.

Jurisprudência Citada:

STJ, RHC nº 37.033/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.10.2013; STF, HC nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.03.2012; STF, RE nº 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.05.2016.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e ao pagamento de 250 dias-multa.

O réu apelou², alegando preliminarmente: a nulidade da denúncia por falta de justa causa; a inconstitucionalidade dos tipos penais, por se tratar de tipos penais em branco; a ilegalidade da abordagem pela guarda municipal; ausência de fundada suspeita para a realização de busca pessoal. No mérito busca absolvição por falta de provas. Subsidiariamente requer desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06, aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código de Processo Penal pela vulnerabilidade.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo provimento parcial ao apelo, para aplicação da fração máxima de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06.

¹ Folhas 186.

² Folhas 209.

³ Folhas 226.

⁴ Folhas 267.

É o relatório.

Das preliminares

Inépcia da denúncia

A função da denúncia é descrever o fato criminoso com todas suas circunstâncias, de forma a permitir o exercício da ampla defesa.

Neste sentido, MANZINI⁵, referindo-se à denúncia, afirma que ela *“expõe sucintamente o fato, com todas as circunstâncias que possam interessar ao procedimento penal, dá notícia de todos os elementos de prova colhidos, e, quando é possível, contém a generalidade de quem é indicado como réu, da pessoa ofendida e das testemunhas, ou, senão, tudo o que valha para sua identificação”*.

Embora tenha que descrever todos os fatos, tal descrição deve ser sucinta, atentando-se tão somente para os elementos indispensáveis à tipicidade e autoria, permitindo-se a defesa do acusado.

Tanto assim que EDUARDO ESPÍNOLA FILHO⁶ destaca que *“como narração, a peça inicial deve ser sucinta, limitando-se a apontar circunstâncias necessárias à configuração do delito, com referência apenas a fatos acessórios, que possam influir nessa caracterização”*.

É certo que *“não contém o vício da inépcia a denúncia que descreve fatos que, em tese, configuram o delito descrito na regra penal típica, com observância plena do que preceitua o art. 41 do CPP, e oferece condições para o pleno exercício do direito de defesa. Se a denúncia descreve suficientemente a conduta dos réus, imputando-lhes a prática de fatos que se subsumem ao modelo penal típico, o seu recebimento não contraria qualquer preceito de lei”*⁷.

Como visto, a denúncia descreve o fato com todos os seus elementos a permitir o exercício da defesa, como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça.

⁵ Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice – v. 4 – 1932 – p. 7.

⁶ Código de Processo Penal Brasileiro Anotado – ed. História – v. 1 – 1980 – p. 418.

⁷ RSTJ 137/618.

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não há como reconhecer a inépcia da denúncia se a descrição da pretensa conduta delitosa foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal. 2. Recurso a que se nega provimento”⁸.

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. OFENSA AOS ARTS. 381, 386 e 387 DO CPP. INOCORRÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO. SUPOSTO PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO. REEXAME DE PROVA. OFENSA AOS ART. 59 E 68 DO CP. DOSIMETRIA. PENA DE MULTA. FIXAÇÃO DO VALOR. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM AFASTADO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Não é inepta a denúncia que narra a ocorrência de crimes em tese, bem como descreve todas as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do previsto no artigo 41 do Código de Processo Penal.(...) 9. Agravo regimental a que se conhece parcialmente e nesta extensão nega provimento”⁹.

“Não há que se falar em inépcia da denúncia desde que esta contém 'quantum satis', os necessários esclarecimentos de forma a possibilitar aos acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhes é imputado, permitindo-lhes defender-se amplamente e fornecendo ao julgador elemento para um juízo de valor”¹⁰.

“A alegação de inépcia só pode ser acolhida quando demonstrada

⁸ STJ – RHC 35048/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 18/11/2014.

⁹ STJ – AgRg no REsp 1134070/ES – rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura – j. 26/02/2013.

¹⁰ STJ – HC 02/MG – rel. Min. Cid Flaquer Scartezini – j. 14.06.1989.

inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas pelo art. 43 do CPP”¹¹.

Conforme bem constou na decisão¹² que ratificou o recebimento da denúncia:

Rechaço a alegação de inépcia da denúncia. A petição inicial preencheu os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, inexistindo mácula a ser reconhecida.

A singela leitura da exordial acusatória permite concluir que o acusado foi qualificado e há exposição inteligível do fato criminoso e de suas circunstâncias, atendendo-se o quanto determinado pelo estatuto processual penal, não se vislumbrando, ademais, qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não se exige descrição minuciosa dos fatos na peça inicial acusatória, a qual, ao contrário do alegado, não é vaga.

Destarte, em sendo claro e evidente que a denúncia não é manifestamente inepta, não há que se falar em rejeição da inicial por tal infundado motivo.

Desta forma, afasta-se a alegação de inépcia, ante a descrição clara dos fatos atribuídos ao acusado.

Da inconstitucionalidade do tipo penal

Não há o que se falar em inconstitucionalidade dos “tipos penais”.

O apelante não descreve de forma clara qual seria o artigo inconstitucional por se tratar de norma penal em branco.

Ainda que se parta, por uma questão lógica, de que o tipo penal inconstitucional seria o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, tal dispositivo legal não padece de vício de constitucionalidade por se tratar apenas de norma penal em branco.

O crime de tráfico de drogas é norma penal em branco heterogêneo, vez que seu complemento

¹¹ STJ – RHC 10.275/SP – DJU 30.10.2000 – p. 168.

¹² Folhas 110.

consiste em norma de hierarquia diversa, consistente na Portaria 344/98 da ANVISA.

Considerando o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 1418846 RG (Tema 1246), se é constitucional que o complemento de norma penal em branco seja emanado por ato por ato normativo infralegal editado por entes federados, incluídos estados/DF e municípios, por decorrência lógica é igualmente constitucional o artigo 33 da Lei 11.343/06.

Rejeitada a preliminar, pois.

Da atuação da guarda municipal

Não há o que se falar em ilegalidade na atuação da guarda municipal no caso em tela.

Importante discutir para que se evite eventual alegação acerca do poder de polícia dos guardas civis.

O artigo 144, § 8º, da constituição Federal preceitua que: *“A segurança pública, dever do Estado, direto e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”*

Logo se verifica que a Constituição Federal não retira dos membros da Guarda Civil Municipal a condição de agentes de autoridade, legitimados a praticar atos de defesa à sociedade, inclusive em situações análogas às da espécie, qual seja, prender em flagrante e acompanhar a mercancia de drogas.

Ademais, o Estatuto dos Guardas municipais (Lei nº 13.022/14) trata da possibilidade de patrulhamento preventivo (artigo 3º, III) e da colaboração integrada com os demais órgãos de segurança pública (artigo 5º, IV). Portanto, lhes foi conferido poder de polícia, o que legitima

tal atuação.

Neste sentido é inclusive o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Precedentes do STJ”¹³.

Insta pontuar o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 995/DF, de que os guardas civis integram o Sistema de Segurança Pública, reconhecimento este que reforça a legalidade da abordagem realizada pelos agentes.

Rejeitada a preliminar, pois.

Da fundada suspeita

Não há o que se falar em ausência de fundada suspeita para a realização de busca pessoal no caso em comento.

Acerca da busca pessoal consoante artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal exige-se para sua ocorrência a fundada suspeita.

Sobre o tema entende o Superior Tribunal de Justiça:

“No que se refere à busca pessoal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se exige, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado

¹³ STJ – HC 290.371/SP – Rel. min. Moura Ribeiro – Quinta Turma – j. 27.05.14

*judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”.*¹⁴

Segundo mencionado aresto a fundada suspeita demanda: 1. Um juízo de probabilidade com a maior precisão possível; 2. Aferição a partir de parâmetros objetivos; 3. Justificação por indícios e circunstâncias do caso concreto.

No caso em tela, conforme a prova produzida mediante contraditório, os guardas civis realizavam patrulhamento em localidade conhecida pelo tráfico de drogas e, ao serem avistados pelo réu, este empreendeu fuga e jogou uma sacola que portava em um telhado, na qual posteriormente foram localizados entorpecentes. Há, portanto, fundada suspeita.

Não se trata da realização de abordagem “a esmo” ou de “fishing expedition”, pois os agentes realizaram a busca pessoal após o acusado empreender fuga e dispensar uma sacola que trazia consigo.

Quanto ao fato da fuga configurar fundada suspeita, o Supremo Tribunal Federal admite que peculiaridades como a denúncia anônima, a fuga e mais elementos similares caracterizem a fundada suspeita para a entrada em domicílio sem mandado judicial.

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. ALEGADA NULIDADE DE PROVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE INGRESSO EM DOMICÍLIO PELA AUTORIDADE POLICIAL DIANTE DE FUNDADAS RAZÕES QUE INDIQUEM QUE DENTRO DA CASA OCORRE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO

¹⁴ STJ - AgRg no REsp 2036733 / SP – Rel. Min Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – Dje 28/06/2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 280. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF”. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. - Seguimento negado, com esteio no artigo 21, § 1º, do RISTF. Prejudicado o exame do pedido de liminar. - Ciência ao Ministério Público Federal. Decisão: Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus nº 439.140, in verbis: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO

RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. 2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à privacidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige. 3. O ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 5.

A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 6. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar a casa em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso na moradia alheia a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. 7. A análise feita na sentença permite concluir que a autoridade policial se dirigiu a local mencionado em notícia anônima e, somente depois de verificar "movimentação estranha" no lugar, é que procedeu à busca e apreensão. 8. A respeito dos motivos que levantaram suspeitas, os policiais relataram que conheciam a rotina dos moradores da localidade e que a residência em questão "geralmente está aberta e com movimentação de pessoas naquele horário", circunstância que, por fugir à normalidade, somada à notícia recebida, ensejou a diligência realizada. Vê-se, portanto, a presença de fundadas razões a justificar a conduta. 9. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias – de que os policiais identificaram situação anormal naquela moradia – seria necessária ampla dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus. 10. Ordem denegada." Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, pelo juízo natural, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Em sede de apelação, o Tribunal de origem manteve integralmente a sentença, tendo a decisão transitado em julgado. Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a ordem foi denegada, nos termos da ementa supratranscrita. No presente mandamus, a defesa sustenta, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal consubstanciado na nulidade da ação penal. Aduz que "houve equívoco grave na análise do caso concreto, tendo em vista a interpretação que entendeu presentes (quando visivelmente ausentes!!) 'fundadas razões' para justificarem a violação policial ao domicílio que resultou em prova ilícita por derivação". Destaca que "o cabimento do manejo de habeas corpus para impugnar decisão condenatória definitiva, eivada de nulidade absoluta, é possibilidade tranquilamente admitida pela doutrina e a jurisprudência pacífica dos nossos tribunais". Argumenta que os policiais militares "após receberem denúncia anônima de ocorrência de tráfico de

drogas, fornecida por populares, se dirigiram ao endereço delatado, e ao chegarem, sem fazer qualquer observação prévia para confirmar a suspeita de flagrante delito ou captarem (antes de invadirem o imóvel) algum indício concreto de crime ocorrendo, perceberam o portão da casa aberta e já foram incursionando sem autorização no terreno da moradia do então suspeito”. Alega que “a atuação policial se deu de forma ilegal, porque não precedida de mandado judicial de busca e apreensão”. Sustenta que não se justifica “a medida pela posterior constatação de situação de flagrância criminal, ou seja, o achado de armas, drogas ou qualquer outro objeto incriminador não tem o condão de tornar lícita a ação anterior ilícita”. Afirma que “admitir a violação do domicílio de acusados por meras conjecturas da prática de crime ou por atitudes suspeitas, sem certeza da prática de uma infração criminal, desnatura o dispositivo constitucional”. Ao final, formula pedido nos seguintes termos: “Ante a todo o exposto, REQUER-SE: a- Que o presente habeas corpus seja conhecido, como tal, em toda sua extensão; b- LIMINARMENTE, ante a evidência da nulidade absoluta constatada pela total ilicitude por derivação da prova material dos delitos, seja: b1- determinado o recolhimento de eventuais mandados de prisão para cumprimento de pena definitiva, ora expedidos contra o paciente, JOÃO PAULO DIAS AGUIAR, até o julgamento do mérito desse Habeas Corpus. b2 – Seja declarada a anulação do processo, com desentranhamento de provas incriminadoras, por ilicitude derivada, ante a evidente violação ilegal ao domicílio (em contrariedade as razões de decidir do RE 603.616/RO com repercussão geral reconhecida pelo plenário do STF e do RESP 1574.681/RS) e que embasaram a condenação do imputado, JOÃO PAULO DIAS AGUIAR, determinando-se a sua absolvição de todas as acusações dos autos. c- No MÉRITO, a confirmação de todos os pedidos liminares concedidos”. É o relatório, DECIDO. Não merece prosperar o recurso. In casu, inexistente situação que autorize a concessão da ordem ante a ausência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão atacada. Por oportuno, transcrevo a fundamentação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, naquilo que interessa, in verbis: “O caso traz a lume discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial, logra encontrar e apreender drogas – de sorte a configurar a prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 –, cujo caráter permanente autorizaria o ingresso domiciliar. Faço lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por

*ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, com repercussão geral previamente reconhecida, assentou que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010, grifei). Embora a jurisprudência haja caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, propus, ao julgar o REsp n. 1.574.681/RS (DJe 30/5/2017), que o entendimento fosse aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se pudesse perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável. Na ocasião, esta colenda Sexta Turma decidiu, à unanimidade, que não se há de admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida. Ora, se o próprio Juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, com base em mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente. A ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental. No referido julgamento, concluiu-se, portanto, que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário que tenha a autoridade policial fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiança fulcrada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente ou mesmo carregando consigo ilegalmente arma de fogo. **O caso julgado no referido recurso especial foi exatamente o seguinte: o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais,***

empreendeu fuga para dentro de sua casa, e, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). A Turma concluiu, à unanimidade (frise-se), que a descoberta a posteriori de uma situação de flagrante não passou de mero acaso, de maneira que a entrada no domicílio do acusado, naquele caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito, motivo pelo qual não teria eficácia probatória a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional. Por conseguinte, também se reputou inadmissível a prova derivada da conduta ilícita – qual seja, a apreensão de 18 pedras de crack no interior da residência do acusado. Novamente, em sessão de julgamento ocorrida em 22/8/2017, esta colenda Sexta Turma, ao julgar o REsp n. 1.558.004/RS (DJe 31/8/2017), considerou, à unanimidade, serem nulas as provas obtidas mediante invasão de domicílio, em hipótese na qual havia somente vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pela ré, em razão, única e exclusivamente, de informações de que haveria traficância na rua de sua residência – que, aliás, poderia muito bem estar sendo praticada inclusive por um vizinho ou qualquer outro morador. Na hipótese, a análise feita na sentença permite concluir que a autoridade policial se dirigiu a local mencionado em notícia anônima e, somente depois de verificar "movimentação estranha" (fl. 385, destaquei) no lugar, é que procedeu à busca e apreensão. A respeito dos motivos que levantaram suspeitas, os policiais relataram que conheciam a rotina dos moradores da localidade e que a residência em questão "geralmente está aberta e com movimentação de pessoas naquele horário" (fl. 385, grifei), circunstância que, por fugir à normalidade, e somada à notícia recebida, ensejou a diligência realizada. Vê-se, portanto, a presença de fundadas razões a justificar a conduta. Ademais, para afastar a conclusão das instâncias ordinárias – de que os policiais identificaram situação anormal naquela moradia – seria necessária ampla dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus." Com efeito, no que concerne à realização de busca e apreensão, cumpre apontar que restou consignado pelo Tribunal de Origem que "na espécie, havendo informações de tráfico no local, ao chegarem lá, viram os policiais, por uma fresta, os réus embalando a droga no interior da residência, evidenciando a conduta criminoso". Por sua vez, o Tribunal a quo assentou que "a autoridade policial se dirigiu a local mencionado em notícia anônima e, somente depois de verificar "movimentação estranha" (fl. 385, destaquei) no lugar, é que procedeu à busca e apreensão". À luz do que decidido

pelas Cortes antecedentes, a hipótese sub examine amolda-se ao entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 280), no sentido da possibilidade de que seja realizada busca e apreensão pela autoridade policial, mesmo sem autorização judicial, quando se estiver “diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”, circunstância que não afasta o controle jurisdicional posterior, o qual será realizado no âmbito da ação penal, seara adequada ao revolvimento do arcabouço fático-probatório. A propósito, colaciono o julgado, in verbis: “Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em

período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso” (RE 603.616, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/05/2016). Por oportuno, cumpre destacar posição firme desta Corte no sentido de que as nulidades alegadas, para serem reconhecidas, pressupõem a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não podendo esse ser presumido, a fim de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional. A propósito, cuida-se de aplicação do princípio cognominado de “pas de nullité sans grief”, aplicável tanto a nulidades absolutas quanto relativas. Nessa linha: “RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – PROCESSO PENAL – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF” (CPP, art. 563) – PRINCÍPIO APLICÁVEL ÀS NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO, QUE NÃO SE PRESUME – PRECEDENTES – CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO – EXCEPCIONALIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO MEDIANTE “HABEAS CORPUS” – INADMISSIBILIDADE NO CASO – REVISÃO CRIMINAL COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO – PRECEDENTES – MECANISMO DE CONVOCAÇÃO E DE SUBSTITUIÇÃO NOS TRIBUNAIS – MATÉRIA SOB RESERVA DE LEI – INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA LOMAN (art. 118) c/c A RESOLUÇÃO CNJ n. 72/2009 E A PORTARIA TJ/PA n. 1.258/2012 – CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, PARA ATUAR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – POSSIBILIDADE – PLENA LEGITIMIDADE DESSE ATO CONVOCATÓRIO – ESCOLHA FUNDADA EM DELIBERAÇÃO COLEGIADA (PLENO) DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ – ESTRITA OBSERVÂNCIA DA LOMAN (art. 118) E DA RESOLUÇÃO CNJ n. 72/2009 – INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (CF, art. 5º, INCISO LIII) – SIGNIFICADO E IMPORTÂNCIA POLÍTICO-JURÍDICA DESSE POSTULADO CONSTITUCIONAL – O TEMA DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU MEDIANTE CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADOS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –

LEGITIMIDADE DA CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS RECORRENTES – VALIDADE JURÍDICA DO JULGAMENTO PROFERIDO, EM SEDE DE APELAÇÃO, POR ÓRGÃO COLEGIADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO.” (RHC 125.242-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 15/03/2017) “HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES E FRAUDE PROCESSUAL. PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO. JULGAMENTO DE RECURSO PELO COLEGIADO NO STJ. PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO IMPEDIDO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. VOTO QUE NÃO INTERFERIU NO RESULTADO. ORDEM DENEGADA. 1. No processo penal, o postulado pas de nullité sans grief exige a efetiva demonstração de prejuízo para o reconhecimento de nulidade. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a participação de julgador impedido, quando do julgamento do recurso no órgão colegiado do tribunal, não acarreta automática nulidade da decisão proferida se, excluindo-se o voto do referido magistrado, o resultado da votação permanecesse incólume. 3. Ordem denegada.” (HC 125.610, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, DJe de 05/08/2016) “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. SUPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DECORRENTE DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PROVENIENTES DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os princípios constitucionais do juiz natural e do promotor natural têm seu emprego restrito às figuras dos magistrados e dos membros do Ministério Público, não podendo ser aplicados por analogia às autoridades policiais ou ao denominado “delegado natural”, que obviamente carecem da competência de sentenciar ou da atribuição de processar, nos termos estabelecidos na Constituição da República. 2. A conexão probatória e objetiva estabelecida entre os crimes antecedentes e os delitos imputados ao Recorrente torna prevento o Juízo. 3. O inquérito é peça informativa que não contamina a ação penal. Precedentes. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 5. Recurso ao qual se nega

provimento.” (RHC 126.885, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 01/02/2016) Demais disso, reconhecer a procedência das alegações defensivas demandaria um indevido incursionamento na moldura fática delineada nos autos. Assim, cumpre ressaltar que o habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS . PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I . HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZADA. CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (HC nº 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 12/05/2016). Por fim, impende consignar, diante do trânsito em julgado da sentença condenatória, que não cabe a rediscussão da matéria perante essa Corte e nesta via processual, porquanto o habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 1. A orientação do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que é inviável a utilização do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal. 2. É possível que o juiz fixe o regime inicial fechado e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido. (HC 119515, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RHC n.º 12.5077-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 04/03/2015) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO

CRIMINAL. INVIABILIDADE. 1. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Inadmissível a utilização do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 3. Agravo regimental conhecido e não provido”. (HC nº 133.648-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 07/06/2016) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS NESTE SUPREMO TRIBUNAL APÓS TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Trânsito em julgado do acórdão objeto da impetração no Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser viável a utilização de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. 2. Não estando o pedido de habeas corpus instruído, esta deficiência compromete a sua viabilidade, impedindo que sequer se verifique a caracterização, ou não, do constrangimento ilegal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”¹⁵.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 288 DO CÓDIGO PENAL, 4º, “B”, DA LEI Nº 1.521/51 E 1º DA LEI Nº 9.613/98. ALEGADA NULIDADE DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE INGRESSO EM DOMICÍLIO PELA AUTORIDADE POLICIAL DIANTE DE FUNDADAS RAZÕES QUE INDIQUEM QUE DENTRO DA CASA OCORRE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 280. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO “PAS DE

¹⁵ STF – HC 162489/RS – rel. Luiz Fux – DJe 202 – Pub. 25.09.2018.

NULLITÉ SANS GRIEF”. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A decisão impugnada amolda-se ao entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 280), no sentido da possibilidade de que seja realizada busca e apreensão pela autoridade policial, mesmo sem autorização judicial, quando se estiver “diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”, circunstância que não afasta o controle jurisdicional posterior, o qual será realizado no âmbito da ação penal, seara adequada ao revolvimento do arcabouço fático-probatório. 2. O reconhecimento das nulidades alegadas pressupõe a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, sendo descabida a sua presunção, no afã de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional. 3. In casu, a paciente foi presa preventivamente em razão da suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 288 do Código Penal, 4º, “b”, da Lei nº 1.521/51 e 1º da Lei nº 9.613/98. 4. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. 5. O habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. 6. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 09/05/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/05/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1º/07/2015. 7. Agravo regimental desprovido”¹⁶.

Rejeita-se a preliminar, adotando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que no caso dos autos trate-se de busca pessoal e não domiciliar, *ubi eadem ratio ibi idem jus dispositio*.

Do mérito

¹⁶ STF – HC 168147 AgR/TJ – rel. Luiz Fuz – p. 08.05.2019.

Conforme narrado na denúncia¹⁷, o réu, em 22/07/2024, trazia consigo, para fins de tráfico, 44 microtubos contendo cocaína, com peso aproximado de 71 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, o denunciado traficava drogas no local e para tanto trazia consigo entorpecentes.

Guardas Municipais estavam em patrulhamento rotineiro, quando visualizaram o apelante em local conhecido como ponto de tráfico de drogas. Ao notar a aproximação da viatura, o denunciado empreendeu fuga e jogou algo no telhado.

Diante da conduta, os guardas detiveram o denunciado e durante a busca pessoal encontraram dois microtubos contendo cocaína, além de R\$131,00 em notas fracionadas.

Em busca pelo pacote jogado em cima do telhado, localizaram mais 42 microtubos de cocaína.

A materialidade foi demonstrada pelo boletim de ocorrência¹⁸, auto de apreensão¹⁹ e exame toxicológico²⁰, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovando que as substâncias apreendidas são drogas, consistentes em cocaína.

A autoria recaí sobre o acusado.

O réu negou a prática do delito. Foi ao local para comprar droga. Quando viu a viatura ficou com receio pois havia sido preso pouco antes. Foi abordado e outra viatura chegou com uma sacola de droga dizendo que era sua. Já teve uma discussão com o guarda Celso em uma abordagem. Não viu onde a droga foi encontrada. Estava com 30 reais. Já havia usado 20 reais para comprar a droga; comprou em um ponto de droga que fica na esquina da rua do beer. Os guardas

¹⁷ Folhas 47.

¹⁸ Folhas 02.

¹⁹ Folhas 11.

²⁰ Folhas 137.

apresentaram pinos de cores diferentes na delegacia, rosa e branco. Não confessou os fatos. Em sede policial²¹, contudo, confessou o tráfico.

O apelante confessou, portanto, o tráfico de drogas, ainda que tenha se retratado em juízo.

Como conceitua TOURINHO FILHO²², a confissão “*é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade*”.

Por muito tempo a confissão foi considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado²³.

Embora no processo civil seja meio de prova absoluto, dada à possibilidade de disposição das partes em relação a seus direitos, no processo penal, embora reconhecida sua importância, trata-se de prova relativa, esbarrando no princípio da busca da verdade real.

Além disso, ao se examinar a confissão é necessária a avaliação do *animus confitendi*, ou seja, “*se é livre ou não, as qualidades psíquicas do imputado, os motivos da confissão, etc.*”²⁴.

A confissão extrajudicial, elaborada perante a autoridade policial e sem as garantias do contraditório, fica subordinada à confirmação dos fatos em juízo.

Nesse sentido, explica GUILHERME DE SOUZA NUCCI²⁵ que “*a confissão extrajudicial, não contando com as garantias constitucionais inerentes ao processo, especialmente o contraditório e a ampla defesa, é apenas um meio de prova indireto, isto é, um indício*”.

Como explica TOURINHO FILHO²⁶, “*assim, se perante a Autoridade Policial, alguém confessa haver praticado*

²¹ Folhas 08.

²² *Processo Penal* – 31ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2009 – p. 299.

²³ Conf. TOURINHO – *ob. cit.* – p. 300.

²⁴ TOURINHO – *ob. cit.* – p. 301.

²⁵ *Código de Processo Penal Comentado* – 11ª ed. – Ed. Revista dos Tribunais – 2012, p. 454.

²⁶ *Ob. cit.* – p. 302.

determinada infração, essa confissão será extrajudicial, e, se negada em juízo, terá, tão-somente, o valor de indício”.

Isso porque, ainda conforme TOURINHO²⁷, *“o valor da retratação, entretanto, é relativo. O Juiz tem absoluta liberdade de pôr em confronto a retratação com os demais elementos de prova carreados para os autos, a fim de constatar se a retratação é ou não sincera”.*

Assim, ocorrendo retratação da confissão em juízo, a confissão extrajudicial passa a ser mera prova indiciária, sendo necessária sua comprovação por outros meios de prova para assentar a condenação.

Este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). PROVAS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS NA INSTRUÇÃO. CONDENAÇÃO ACERTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é plenamente possível a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, desde que corroborada por outros depoimentos colhidos na fase instrutória, sendo exatamente esse o caso dos autos.

2. In casu, não há se falar que a condenação do agravante pautou-se unicamente na sua confissão extrajudicial (retratada em juízo), uma vez que tal prova não restou isolada nos autos, estando suficientemente comprovada a responsabilidade penal do agravante.

3. Agravo regimental improvido”²⁸.

No mesmo sentido a jurisprudência do Pretório Excelso.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, I e IV) PACIENTE ABSOLVIDO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB FUNDAMENTO DE QUE A SENTENÇA FORA

²⁷ Ob. cit. – p. 304.

²⁸ STJ – AgRg no AREsp 195746/RN – Rel. Min. Campos Marques – j. 21/02/2013.

MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR. CONFISSÃO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. COMPATIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INOCORRÊNCIA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. (...) 2. A confissão perante a autoridade policial posteriormente retratada em juízo, quando considerada pelo juízo, se compatível com o conjunto probatório dos autos, não caracteriza teratologia. (Precedentes: HC 103.205/PR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/8/2010; HC 75.809/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 17/3/1998; HC 71.242/SP, Relator Min. Marco Aurélio, Julgamento 28/6/1994). (...) 7. Ordem Denegada”²⁹.

Esse é o caso dos autos, em que a confissão extrajudicial, embora retratada, vem confirmada pelo depoimento dos guardas municipais.

O guarda municipal Celso relatou que viu o réu em ponto de venda de drogas. Ele saiu andando e jogou uma sacola em cima do telhado. Em poder dele encontrou 2 pinos de cocaína. Na sacola que ele dispensou encontrou mais 42 pinos idênticos. O réu confessou o tráfico e disse que estava fazendo um “corre” para levantar dinheiro. Havia outras pessoas em frente ao beer, mas o que chamou a atenção foi que somente o réu saiu correndo quando chegou a viatura.

O guarda municipal Jonathan disse que chegaram próximo a um beer, que é conhecido como ponto de venda de entorpecentes. Avistaram Rian em frente ao local e quando ele avistou a viatura saiu correndo. Essa conduta levantou suspeita. Durante a fuga ele jogou um pacote. Em revista pessoal foram encontrados 2 pinos de cocaína e 131 reais em notas miúdas. Recuperaram a sacola que foi jogada no telhado e encontrou mais 42 porções de cocaína. Os pinos eram idênticos.

Os guardas depuseram de forma unânime e congruente entre si, relatando a visualização da fuga do réu e tentativa frustrada dele descartar a sacola que trazia,

²⁹ STF – HC 100693/ES – rel. Min. Luiz Fux – j. 23/08/2011.

onde havia drogas. Não há qualquer prova de falsidade no quanto alegam.

Inicialmente destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES³⁰.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA³¹ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

³⁰ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

³¹ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA³²

que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o

³² La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”³³.

No mesmo sentido a posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“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”³⁴.

Vista a prova, presentes materialidade e autoria.

Quanto à destinação, a quantidade³⁵ (21,43 gramas de cocaína em 44 porções), incomum com a figura de usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; a apreensão de dinheiro; a confissão extrajudicial; e o fato de que o réu não teria condições econômicas³⁶ para possuir a droga para consumo pessoal dão a necessária certeza de que a droga era destinada a mercancia espúria.

Além disso, decidiu-se com base em julgados das Cortes Superiores:

³³ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

³⁴ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

³⁵ Folhas 137.

³⁶ Folhas 10 - desempregado.

“Confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g.(STJ - RHC nº 37.033/MG - Quinta Turma Relatora Ministra Laurita Vaz - j. 22.10.2013); de 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de 1,44g (STF HC nº 111.247/MG 2ª Turma Relator Ministro Ricardo Lewandowski - j. 27.03.2012), e de 104 'pedras' de crack, com o peso de 12,9 g.(STF HC nº 114.390/RS 1ª Turma Relator Ministro Luiz Fux j. 20.08.2013.)j”³⁷.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama. Portanto, a droga encontrada com os réus é suficiente para **cerca de 85 porções individuais de cocaína**.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, *quaestio* a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

VICENTE GREGO FILHO³⁸, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO³⁹, *“de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo,*

³⁷ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

³⁸ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

³⁹ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”.

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando

exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo
E. Supremo Tribunal Federal:

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexos com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”⁴⁰.

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”⁴¹

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que a droga se destinava ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

⁴⁰ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

⁴¹ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turmna – j. 10/06/2014.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor, não havendo o que se falar em desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06.

Da dosimetria

Em primeira fase, fixada a pena no piso, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Em segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa⁴² e da confissão, reconhecida *ex officio*. Contudo, em respeito à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, mantida a reprimenda no piso.

Em terceira fase, o redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 foi aplicado a metade, em razão da quantidade de drogas apreendidas, o que se mostra correto, tornada definitiva a pena em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Não é cabível aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, eis que não demonstrada a “vulnerabilidade” do apelante.

Mantido o regime aberto para cumprimento de pena.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período e pagamento de 10 dias-multa, o que se mantém inalterado.

Ante o exposto, **rejeito as preliminares e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso,

⁴² Folhas 10.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

reconhecendo presente, *ex officio*, a atenuante da confissão, mantida a reprimenda inalterada, mantida no mais a r. sentença.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica