



APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0800408-65.2022.8.19.0071

Relator: Desembargador Paulo Baldez

Apelante: TALLESON RIBEIRO DE ALMEIDA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESES DE NULIDADE DO PROCESSO POR NÃO OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, NULIDADE DA PROVA POR REVISTA PESSOAL ILEGAL, VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E VIOLAÇÃO DO AVISO DE MIRANDA E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANTO A AMBOS OS CRIMES. DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO PARA PORTE PARA CONSUMO PESSOAL. READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. DINÂMICA DO INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA, REVISTA PESSOAL ILEGAL E VIOLAÇÃO AO AVISO DE MIRANDA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO, DEVENDO COM ELE SER ANALISADA. FUNDADA DÚVIDA ACERCA DA LISURA DA OPERAÇÃO POLICIAL COMO UM TODO, FAZENDO EXSURGIR DÚVIDA RAZOÁVEL A RESPEITO DA DINÂMICA QUE RESULTOU NA APREENSÃO DO MATERIAL ENTORPECENTE, FRAGILIZANDO DE MANEIRA INSUPERÁVEL A PROVA DA ACUSAÇÃO E, POR CONSEQUENTE, VERIFICANDO-SE A INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA AUTORIZAR O DECRETO CONDENATÓRIO QUANTO A AMBOS OS CRIMES. ABSOLVIÇÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Apelante condenado pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 e no art. 35 da Lei 11.343/06. Apelação da Defesa que argui, preliminarmente, a nulidade do processo por não oferecimento do acordo de não persecução penal e a nulidade da prova por revista pessoal ilegal, violação de domicílio e violação do Aviso de Miranda, no mérito, a absolvição de ambos os crimes por insuficiência probatória ou, alternativamente, a desclassificação do crime do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 pelo crime do art. 28 do mesmo diploma legal, com a consequente absolvição, sob pena de violação do princípio da correlação entre a acusação e a sentença, e,



subsidiariamente, a redução das penas-base ao mínimo legal, a incidência da causa especial de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, bem como a isenção das custas e despesas processuais.

II. Questão em discussão

2. Questões preliminares em discussão: (i) saber se estão presentes os requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal; (ii) saber se a apreensão do material entorpecente na posse direta do réu se baseou em fundada suspeita justificadora da mitigação de sua privacidade ou não; (iii) saber se o ingresso dos policiais na residência do acusado se deu de maneira lícita ou se violou o direito de inviolabilidade de domicílio; (iv) saber se houve violação do direito do acusado de saber e exercer seu direito de permanecer em silêncio. Questão de mérito: saber se a prova produzida nos autos é suficiente para embasar o decreto condenatório. Questões subsidiárias: (i) saber se restou demonstrado nos autos a destinação mercantil do material entorpecente arrecadado; (ii) saber se estão presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis que justifiquem a exasperação da pena-base; (iii) saber se incide ou não a causa especial de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06; (iv) saber se cabe a isenção das custas e despesas processuais.

III. Razões de decidir

3. Preliminares em discussão: (i) nulidade do processo por não oferecimento do acordo de não persecução penal que deve ser superada, uma vez que a solução de mérito ora adotada se revela mais favorável ao acusado, não comportando a declaração de nulidade, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, e por analogia, e mais especificamente, a regra do art. 282, § 2º, do Novo Código de Processo Civil; (ii), (iii), e (iv) nulidade das provas obtidas mediante revista pessoal ilegal, violação ao Aviso de Miranda e violação de domicílio que se confundem com o mérito e serão com ele melhor analisadas.

4. Mérito: Tráfico ilícito de entorpecentes. Dinâmica dos fatos que se revela extremamente duvidosa, estando a tese acusatória lastreada no depoimento prestado em juízo por policiais militares que participaram da diligência em comento. Policiais que relataram que obtiveram informação a respeito da ocorrência de tráfico de drogas, razão pela procederam ao local indicado e abordaram o acusado e o revistaram. Acrescentaram que, apesar de nada ter sido encontrado em seu poder – sendo arrecadado apenas 01 (um) pino de cocaína no local onde o acusado estava sentado logo antes da

abordagem –, o réu teria oferecido leva-los até sua casa, onde teria sido apreendida a grande maioria do entorpecente mais 04 (quatro) pinos de cocaína e 18 (dezoito) sacolés de maconha.

5. O caminho legal a ser trilhado pelos agentes estatais ao encontrarem indivíduo que suspeitavam ter envolvimento com prática criminosa era a adoção da providência estabelecida no art. 304 do Código de Processo Penal, qual seja, a pronta apresentação do acusado à autoridade policial. Ocorre que, ao revés de cumprir a determinação legal, os policiais teriam resolvido inquirir o referido réu e levá-lo a outro local, ampliando a atuação descrita no art. 144, §5º, da Constituição Republicana de 1988, para ingressar em atividade investigativa e realizar buscas em outro local – na casa do acusado.

6. Veja-se que não se trata de eventual encontro fortuito de provas, mas sim de proatividade na busca por outros elementos probatórios desconhecidos.

7. Outrossim, não se mostra crível que alguém abordado inicialmente sem qualquer objeto ilícito em seu poder – apenas 01 (um) pino de cocaína próximo a ele – tenha indicado voluntariamente o local para o encontro de drogas capaz de incriminá-lo, mormente quando negou a conduta imputada em seu interrogatório, afirmando ser usuário, e outros indivíduos que estavam na residência corroboraram a versão a respeito da dependência química do acusado.

8. São várias as inconsistências apontadas, sendo forçoso reconhecer que o cenário fático-probatório existente nos autos não traduz qualquer segurança sobre a lisura da atuação policial, e muito menos aquela exigida para a prolação de um juízo de censura, fazendo ao revés exsurgir dúvida razoável a respeito da diligência em comento, o que acaba por comprometer a higidez da prova desde o seu limiar.

9. Esse contexto não pode ser cancelado pelo Poder Judiciário, de maneira que, havendo dúvida razoável sobre a dinâmica da apreensão das drogas diante dos indícios de irregularidades no procedimento policial, e não subsistindo provas capazes de autorizar o decreto condenatório, não resta outra solução jurídica possível senão a absolvição do acusado quanto ao crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nos moldes do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

10. Associação para o tráfico. Insuficiência probatória acerca do caráter associativo prévio e duradouro do acusado com terceiros, destinado à realização da atividade de traficância. À míngua de elementos de prova suficientemente hígidos e idôneos a amparar a condenação nas sanções do art. 35 da Lei

11.343/06, impõe-se a absolvição do acusado, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

IV. Dispositivo

11. Recurso defensivo conhecido, superadas as preliminares e, no mérito, provido.

Dispositivos relevantes citados:

CPP, art. 304, art. 563, art. 386, VII; NCPC, art. 282, § 2º; Lei 11.343/06, art. 28, art. 33, *caput*, e art. 35; CF, art. 5º, LVII, art. 144, §5º.

Jurisprudência relevante citada:

-STJ, HC nº 739.951/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 09.08.2022, DJe 18.08.2022;
-STJ, AgRg no HC nº 717.721/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 08.11.2022, DJe 18.11.2022;
- STJ, HC nº 557.151/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 04.08.2020, DJe 14.08.2020.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. **0800408-65.2022.8.19.0071**, originários do Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Real/Quatis, em que é apelante **TALLESON RIBEIRO DE ALMEIDA** e é apelado o **MINISTÉRIO PÚBLICO**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em **CONHECER DO RECURSO DEFENSIVO, superar as preliminares E, NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO** para absolver o acusado dos crimes do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 e art. 35 da Lei 11.343/06, ambos com fulcro no art. 386, VII, Código de Processo Penal, determinando-se a expedição de **alvará de soltura** em favor do acusado, se por *al* não estiver preso, e ofício à VEP, nos termos do voto do Des. Relator.

Sessão de Julgamento: 25 de setembro de 2025.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

PAULO BALDEZ
Desembargador Relator



APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0800408-65.2022.8.19.0071

Relator: Desembargador Paulo Baldez

Apelante: TALLESON RIBEIRO DE ALMEIDA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATÓRIO

O Ministério Público ajuizou ação penal perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Real/Quatis, em face **TALLESON RIBEIRO DE ALMEIDA**, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 e do art. 35 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, conforme denúncia constante do documento eletrônico nº 27846070, lavrada nos seguintes termos:

A partir de data não determinada, sendo certo que até o dia 14 de agosto de 2022, o DENUNCIADO, de forma livre, consciente e voluntária, associou-se a indivíduos ainda não identificados, pertencentes à facção criminosa Comando Vermelho (CV), para o fim de praticar o tráfico de drogas na cidade de Porto Real/RJ, especialmente no bairro Freitas Soares, unindo esforços ao armazenamento e à venda de entorpecentes.

Sem prejuízo, no dia 14 de agosto de 2022, por volta de 19h30min, na Rua 17-A, 43, Freitas Soares, Porto Real/RJ, o DENUNCIADO, de forma livre, consciente e voluntária, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 2,7g (dois gramas e sete decigramas) da substância entorpecente cocaína, acondicionados em 01 (uma) cápsula plástica de cor cinza, de formato cônico, tamanho pequeno, do tipo eppendorf, embalada por saco plástico incolor fechado por nó do próprio saco; 10,1g (dez gramas e um decigrama) da substância entorpecente cocaína, acondicionados em 04 (quatro) cápsulas plásticas de cor cinza, de formato cônico, tamanho grande, do tipo “eppendorf”, embaladas por saco plástico incolor fechado por nó do próprio saco; e 96,2g (noventa e seis gramas e dois decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., vulgarmente conhecida como “maconha”, acondicionados em 18 (dezoito) embalagens plásticas incolores, fechados por nó do próprio saco, sendo que apenas oito possuíam fita adesiva de cor vermelha, conforme laudos de exame definitivos acostados aos autos.

Restou apurado que, no dia dos fatos, policiais militares receberam informações acerca da prática de tráfico de drogas no endereço acima mencionado.

Nesse contexto, ao chegarem ao local, os agentes da lei avistaram o denunciado sentado em frente de casa, sendo certo que, durante a abordagem, encontraram um pino de cocaína no chão, exatamente onde o denunciado estava sentado.

Após ser informado acerca do teor da denúncia, o padraço do denunciado, Odair José dos Santos Silva, autorizou a entrada dos policiais militares na residência, ocasião em que o próprio denunciado afirmou que estava praticando tráfico de drogas e disse pertencer à facção criminosa Comando Vermelho. Além disso, entregou 18 (dezoito) sacolês de maconha e 04 (quatro) pinos de cocaína à guarnição, assim como a quantia de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais) em espécie, lucro proveniente da comercialização de substâncias ilícitas, e um caderno de anotações relativas ao tráfico.

Recebimento da denúncia em 20/10/2022, conforme decisão constante do documento eletrônico nº 33344285.

Suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, conforme decisão constante do documento eletrônico nº 78579944, proferida em 21/09/2023.

Realizada a regular citação do acusado, conforme certidão no documento eletrônico nº 111661901, foi dado prosseguimento ao feito em 25/04/2024.

Recebimento da denúncia em 07/05/2024, conforme decisão constante do documento eletrônico nº 116392836.

Encerrada a instrução criminal, o pedido formulado na denúncia foi julgado **procedente** para condenar o acusado pelo crime do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 à pena de **06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, e pelo crime do art. 35 da Lei 11.343/06 à pena de **04 (quatro) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal. Reconhecido o concurso material de crimes, a resposta penal definitiva do acusado pela prática dos crimes do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 e do art. 35 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, restou fixada nos patamares de **10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, mantida a segregação cautelar, tudo conforme sentença constante do documento eletrônico nº 151927262, publicada em 23/10/2024.

O acusado, por intermédio da Defensoria Pública, interpôs recurso de apelação, arguindo, em suas razões recursais constantes do documento eletrônico nº 163895260, preliminarmente, a nulidade do processo por não oferecimento do acordo de não persecução penal e a nulidade da prova por revista pessoal ilegal, violação de domicílio e violação do Aviso de Miranda, no mérito, a absolvição de ambos os crimes por insuficiência probatória ou, alternativamente, a desclassificação do crime do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 pelo crime do art. 28 do mesmo diploma legal, com a consequente absolvição, sob pena de violação do princípio da correlação entre a acusação e a sentença, e, subsidiariamente, a redução das penas-base ao mínimo legal, a incidência da causa especial de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, bem como a isenção das custas e despesas processuais.

Contrarrazões ministeriais no documento eletrônico nº 167752289, pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

Parecer da Procuradoria de Justiça de fls. 08/22 (*e-doc.* 000008), da lavra do Procurador de Justiça Luiz Antônio Corrêa Ayres, pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, que possibilitam o seu conhecimento, passo à análise das razões recursais apresentadas.

De início, verifica-se que a preliminar de nulidade do processo por não oferecimento do acordo de não persecução penal deve ser superada, já que, como se verá adiante, a solução de mérito a ser adotada se revela mais favorável ao apelante, a atrair a incidência da norma do art. 563 do Código de Processo Penal, e por analogia, e mais especificamente, a regra do art. 282, § 2º, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 282, § 2º. Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Por sua vez, as preliminares de nulidade da prova obtidas mediante revista pessoal ilegal, violação ao Aviso de Miranda e violação de domicílio confundem-se com o mérito e serão com ele melhor analisadas.

Superadas as preliminares, passo ao mérito do recurso.

Do exame dos autos, verifica-se que assiste razão à Defesa em seu pleito absolutório.

De acordo com a exordial acusatória, os policiais receberam denúncias a respeito da venda de entorpecente no bairro Freitas Soares, razão pela qual procederam ao local indicado e abordaram o acusado e o revistaram.

Narraram que, apesar de nada ter sido encontrado em seu poder, arrecadaram 01 (um) pino de cocaína no local onde o acusado estava sentado logo antes da abordagem.

Acrescentaram que, apesar de nada ilícito ter sido apreendido em seu poder, indagaram sobre o tráfico, tendo o réu admitido ter material entorpecente guardado em sua residência, levando os policiais até sua casa e indicando onde se encontrava a droga.

O recolhimento da droga restou demonstrado pelo registro de ocorrência no documento eletrônico nº 26516572, auto de apreensão no documento eletrônico nº 26516576 referente à droga, ao dinheiro, ao telefone celular e ao caderno de anotações, laudo de exame de entorpecente no documento eletrônico nº 26516590 e laudo de exame retificador de entorpecente no documento eletrônico nº 26516596 – ambos constatando tratar-se o material de 2,7g (dois gramas e sete decigramas) de cocaína, acondicionados em 01 (uma) cápsula *eppendorf* –, laudo de exame de entorpecente e/ou psicotrópico no documento eletrônico nº 26516592 e pelo laudo de exame retificador de entorpecente e/ou psicotrópico no documento eletrônico nº 26516594 – ambos constatando tratar-se o material de 10,1g (dez gramas e um decigrama) de cocaína, acondicionados em 04 (quatro) cápsulas *eppendorf*, e 96,2g (noventa e seis gramas e dois decigramas) de maconha, acondicionados em 18 (dezoito) sacolés.

Todavia, a dinâmica dos fatos é extremamente duvidosa, estando a tese acusatória lastreada no depoimento prestado em juízo por dois dos policiais militares que participaram da operação que resultou na prisão do acusado e na apreensão do entorpecente. Confira-se:

“(…) que se recorda dos fatos; que receberam denúncias de tráfico no bairro Freitas Soares e foram até o local; que lá avistaram o réu sentado próximo ao portão, e que havia um veículo mais à frente na rua; que adentraram na rua e o acusado levantou e o veículo saiu; **que abordaram o acusado e apesar de com ele nada ter sido encontrado, onde ele estava sentado logo antes encontraram um pino de cocaína**; que, ao ser encontrado o pino de cocaína, o acusado disse que era para seu próprio consumo; que não acreditaram nele e perguntaram se o acusado não iria ‘servir’ o rapaz que estava no carro; que ele negou, mas começou a ficar

nervoso; que nesse momento chegou o padrasto do acusado; que conversaram com o padrasto dele; que, posteriormente, veio uma senhora; **que perguntaram se havia material entorpecente na casa deles e falaram que se algum entorpecente fosse encontrado na casa, todos os moradores da residência seriam responsabilizados pela droga;** que então o acusado admitiu que tinha entorpecente na lixeira e que estava na venda mesmo de droga; que então o acusado ficou sob a custódia do depoente, enquanto seu colega de farda adentrou o quintal da casa do acusado e arrecadou a droga onde o acusado mostrou; que depois o acusado ainda falou que havia dinheiro proveniente do tráfico dentro da residência e o caderno de anotações; que então o colega de farda do depoente adentrou à residência junto do padrasto do acusado e a senhora e arrecadou; **que o acusado ficou com receio da senhora, que estava de tornoeleira, ser autuada, então ele assumiu a propriedade do material todinho;** que então foi dada voz de prisão ao acusado e o conduziram à delegacia; que o restante da droga, além do pino de cocaína encontrado inicialmente, foi encontrado em uma lixeira que estava no quintal da casa do acusado; que havia cocaína e maconha já endoladas para venda; que não se recorda a quantia certa de cada uma das drogas; que o dinheiro estava em notas fracionadas; que o caderno de anotações e o dinheiro estavam dentro da residência; que o acusado assumiu que estava traficando e assumiu que era integrante da facção criminosa Comando Vermelho; que não conhecia o acusado como traficante não, o conhecia apenas como viciado (...)” **(depoimento do policial militar Clélvis Andrade Gomes de Oliveira. Grifos nossos)**

“(...) que era início da noite, por volta de 19h/19h30 e estavam com informação que na Rua 17 o acusado estaria traficando; que estava acontecendo tráfico nessa rua; que foram até o local em patrulhamento e viram o acusado na rua; **que, quando o sargento abordou o acusado, encontrou com ele 01 (um) pino de cocaína; que conversaram com o acusado, perguntaram se ele tinha mais, e ele disse que tinha mais na casa dele;** que então fizeram contato com o padrasto do acusado; que o padrasto falou que não queria problema porque a mãe do acusado Talleson estava respondendo também, estava com tornoeleira eletrônica na época; **que então o acusado falou onde estava o restante da droga dele; que a droga estava dentro de um carrinho desses de prefeitura, dentro do quintal do acusado; que encontraram alguns pinos de cocaína, mas não se lembra a quantidade, e também uns sacolés, umas trouxinhas de maconha também;** que tinha uma quantidade em dinheiro também que o depoente não se recorda o valor; que o dinheiro estava em notas fracionadas; que tinha nota de 50, de 20; que além do dinheiro e da droga o depoente não se recorda se foi encontrado mais algum objeto característico de tráfico de drogas; que não conhecia o acusado,

mas o depoente era novo na região; que a facção que o acusado integrava era o Comando Vermelho; que ali o bairro Freitas Soares era todo dominado pelo Comando Vermelho; que não tem como traficar no local sem integrar a facção (...)” **(depoimento do policial militar Leanderson Pereira. Grifos nossos)**

O acusado, por sua vez, negou a conduta delitiva que lhe foi imputada, negando estar comercializando entorpecente, afirmando ser usuário e destinar-se o material ao seu consumo pessoal, conforme se extrai de seu interrogatório, abaixo colacionado:

“(…) que no dia dos fatos o interrogado não estava no portão de casa; **que estava saindo para a esquina da rua onde mora – que é uma rua sem saída –, quando os policiais o abordaram e realmente encontraram um pino de cocaína em sua mão; que o interrogado respondeu aos policiais que o pino era seu mesmo;** que tinha acabado de sair, estava na rua a 29/27 dias; que já estava sem dever nada à justiça; que quando foi para rua, pediu um dinheiro para sua família porque estava sem nada, sem roupa, sem cueca, sem blusa, sem nada, porque a família do interrogado tinha achado que ele ia ficar muito tempo preso; que sua família então emprestou o dinheiro; que era mais de quinhentos reais, mas como o interrogado comprou a droga, sobrou os quinhentos reais que o interrogado ia usar para comprar roupa e outras coisas; **que realmente pegou o dinheiro que sua família o emprestou e comprou a droga sim, comprou a maconha para poder fumar e esses 03 (três) ‘pó’;** que não sabe nem onde apareceu esse quarto pó, que não estava com o interrogado; que com o interrogado só tinha 03 (três) ‘pó’; que comprou para usar, para cheirar mesmo; que ficou três anos e oito meses preso e nesse tempo era muito difícil do interrogado usar, porque não tinha condições; **que, então, quando voltou para a rua, caiu nessa tentação de novo; que então comprou essa droga de novo para poder usar, mas revender o interrogado não estava revendendo (...)**” **(interrogatório do acusado Talleson Ribeiro de Almeida. Grifos nossos)**

Em abono à versão apresentada pelo acusado, prestou depoimento seu padasto, que estava no local quando do ingresso dos policiais na casa do acusado, valendo conferir seus relatos:

“(…) que é padasto do acusado; que estava presente no dia que os policiais foram lá; que autorizou a entrada da polícia em casa; que o acusado Talleson é viciado; que a droga que tinha lá era para o uso do acusado; **que não foi encontrado droga dentro de casa; que a droga foi encontrada no lixo; que essa lixeira ficava no quintal;** que o dinheiro que os policiais encontraram, quinhentos e poucos reais, era da mãe do acusado; que, pelo que o depoente

sabe, não foi encontrado nenhum caderno de anotação; que já tinha um tempo que o acusado tinha sido solto; que o depoente chegou a ajudar o acusado, até conseguiu um serviço para ele na obra; que o acusado é um cara bom, trabalhador; que depois do acusado ter sido solto o depoente não soube dele ter se envolvido com atividades ilegal (...)” **(depoimento do padrasto do acusado, Odair José dos Santos Silva. Grifo nosso)**

Despiciendo tecer alongadas considerações sobre o valor probatório de declarações prestadas por policiais, impondo-se apenas consignar que os depoimentos por eles prestados devem ser valorados como outro qualquer, ou seja, à luz do conjunto probatório existente nos autos.

No presente caso, de acordo com os relatos supramencionados, os policiais estavam em operação quando obtiveram informação de comercialização de entorpecente no bairro Freitas Soares, razão pela qual procederam ao local e abordaram o acusado, nada encontrando com ele, apenas encontrando 01 (um) pino de cocaína próximo a ele.

Na ocasião, apesar da arrecadação de quantidade inexpressiva de entorpecente, o acusado teria oferecido levar os policiais até sua casa, onde teria apresentado a maior parte do material recolhido – outros 04 (quatro) pinos de cocaína e 18 (dezoito) sacolês de maconha.

Diante dos relatos ofertados pelos próprios agentes estatais, o caminho legal a ser trilhado por eles ao encontrarem o indivíduo que suspeitavam ter envolvimento com prática criminosa era a adoção da providência estabelecida no art. 304 do Código de Processo Penal, qual seja, a pronta apresentação do acusado à autoridade policial.

Ocorre que, ao revés de cumprir a determinação legal, os policiais teriam resolvido inquirir o referido réu e levá-lo a outro local, ampliando a atuação descrita no art. 144, §5º, da Constituição Republicana de 1988, para ingressar em atividade investigativa e realizar buscas em outro local – na casa do acusado.

Veja-se que não se tratava de eventual encontro fortuito de provas, mas sim de proatividade na busca por outros elementos probatórios desconhecidos.

Outrossim, pouco plausível que, encontrado apenas 01 (um) pino de cocaína próximo a ele quando abordado na rua, o acusado tenha voluntariamente confessado participação no tráfico e indicado onde poderia ser encontrada grande quantidade de material entorpecente de maneira a se autoincriminar, piorando substancialmente sua situação, mormente quando negou em juízo tal versão, apresentando relato compatível com as declarações de seu

padrasto presentes da residência em questão, no sentido de que o acusado é usuário de droga, dependente químico e o entorpecente arrecadado destinava-se a seu consumo pessoal.

Assim, sem embargo da credibilidade ou não da versão defensiva apresentada – mesmo porque o ônus da prova, inclusive no que se refere à lisura da atuação dos agentes estatais, pertence inteiramente à Acusação – não se pode simplesmente desconsiderar as irregularidades que despontam da diligência policial em comento.

No ponto, vale destacar, segundo relato ofertado em juízo pelo próprio policial Clélvis, após nada de ilícito ter sido encontrado em poder do acusado, o agente estatal coagiu o acusado e seu padrasto a autorizarem o ingresso na residência. Pressionou o acusado a admitir envolvimento com o tráfico e informar onde haveria mais entorpecente, deixando claro que, caso encontrassem algum entorpecente sem a colaboração do réu, “todos os moradores da residência seriam responsabilizados pela droga”, inclusive a mãe do acusado, que à época dos fatos se encontrava com tornozeleira eletrônica.

Em seu depoimento judicial, o policial inclusive mencionou que “o acusado ficou com receio da senhora, que estava de tornozeleira, ser autuada, então ele assumiu a propriedade do material todinho”, evidenciando o vício da referida atuação policial.

São várias as inconsistências apontadas, calcadas não apenas na ausência de autorização para o ingresso na residência onde a droga supostamente foi arrecadada – a indicar violação de domicílio do acusado –, nas práticas policiais intimidatórias, presenciadas por outras testemunhas que acompanharam a atuação policial, mas ainda na inobservância do procedimento legal para o caso.

Dessa forma, o cenário fático-probatório existente nos autos não traduz qualquer segurança sobre a lisura da atuação policial, e muito menos aquela exigida para a prolação de um juízo de censura, fazendo ao revés exsurgir dúvida razoável a respeito da diligência em comento, o que acaba por comprometer a higidez da prova desde o seu limiar, não sendo possível o fracionamento das declarações prestadas pelos policiais para ora atribuir-lhes solidez, ora reconhecer a inobservância de normas legais e constitucionais de proteção à pessoa humana e que versam sobre a prestação jurisdicional, que tem como norte o princípio da legalidade.

Esse contexto não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário, de maneira que, havendo dúvida razoável sobre a dinâmica da apreensão das drogas diante dos indícios de irregularidades no procedimento policial, e não subsistindo provas capazes de autorizar o decreto condenatório, não resta outra solução

jurídica possível senão a absolvição do acusado quanto ao crime do art. 33, caput, Lei 11.343/06, nos moldes do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Igual sorte assiste à Defesa ao pleitear a absolvição do acusado quanto ao crime de associação para o tráfico.

De fato, a configuração do art. 35 da Lei 11.343/06, exige que o sujeito ativo esteja associado de forma estável e permanente a outras pessoas para a prática de crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TIPO PENAL DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. JURISDIÇÃO LOCAL QUE NÃO DECLINOU OBJETIVA E CONCRETAMENTE A ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DOS AGENTES PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DURADOURO. INIDONEIDADE DA PRESUNÇÃO DE QUE OS RÉUS ERAM ASSOCIADOS À FACÇÃO QUE COMANDA O TRÁFICO DE DROGAS NA LOCALIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NÃO COMPROVADO. ÔNUS QUE SE IMPÕE NO SISTEMA ACUSATÓRIO. ABSOLVIÇÃO DE RIGOR. PLEITO DE DECOTE DA MAJORANTE PREJUDICADO. CORRÉU: EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM O CONSEQUENTE REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS E A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA, INCLUSIVE COM EXTENSÃO DA ORDEM, NO PONTO, AO CORRÉU.

1. No caso, os elementos relativos à estabilidade e à permanência foram deduzidos da apreensão de significativa quantidade de drogas e de petrechos comuns na prática da narcotraficância, quando da realização de operação na localidade, além dos depoimentos policiais atestando que "é notória a existência da facção denominada 'Comando Vermelho (CV)' na Comunidade Nova Holanda" e que "não era possível que os acusados estivessem ali sem prévia associação com os demais traficantes integrantes da referida facção" (fl. 31).

2. Ocorre que, ao que consta, não houve investigação prévia ou qualquer elemento de prova capaz de apontar que os Pacientes estavam associados, de forma estável (sólida) e permanente (duradoura), entre si ou a outrem. Não foi indicada a existência de alvos específicos na citada operação policial nem sequer mencionado o lapso temporal durante o qual os agentes supostamente estavam associados ou quais seriam as suas funções no grupo.

3. Não se pode referendar uma condenação por associação para o tráfico pautada apenas em ilações a respeito do local em que

apreendidas as drogas etiquetadas e os petrechos comumente utilizados na endolação de entorpecentes, pois isso equivaleria validar a adoção de uma seleção criminalizante norteadada pelo critério espacial, em que as vilas e favelas são mais frequentemente percebidas como "lugares de tráfico", em razão das representações desses espaços territoriais como necessariamente associados ao comércio varejista de drogas (KONZEN, Lucas P.; GOLDANI, Julia M.

"Lugares de tráfico": a geografia jurídica das abordagens policiais em Porto Alegre. Revista Direito GV [online]. 2021, v. 17, n. 3.).

Admitir-se que o simples fato de o flagrante ter ocorrido em comunidade dominada por facção criminosa - e não em outros locais da cidade - comprove, ipso facto, a prática do crime em comento significa, em última instância, inverter o ônus probatório e atribuir prova diabólica de fato negativo à Defesa, pois exige-se, de certo modo, que o Acusado comprove que não está envolvido com facção criminosa.

4. Desse modo, de rigor a absolvição dos Pacientes pelo delito de associação para o tráfico. E, uma vez afastada a condenação em tela, fica prejudicado o pedido de decote da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/06, aplicada pelas instâncias ordinárias apenas na dosimetria da pena do crime de associação para o tráfico.

5. O Corréu WALMIR TAVARES DA SILVA, no que diz respeito ao crime de associação para o tráfico, encontra-se na mesma situação fático-processual dos Pacientes, razão pela qual devem ser estendidos a ele os efeitos do julgamento desta impetração, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Todavia, diferentemente dos Pacientes, o Corréu é primário e sem antecedentes desabonadores, de forma que faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço) - em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, que não foram valoradas na fixação da pena-base - e ao regime inicial semiaberto.

6. Ordem de habeas corpus concedida para absolver os Pacientes do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), mantidos os demais termos dos éditos condenatórios. Determinada a extensão da ordem, no ponto, ao Corréu WALMIR TAVARES DA SILVA e, apenas com relação a ele, redimensionadas também as penas do crime de tráfico de drogas, por força da aplicação da minorante do tráfico privilegiado e fixado o regime inicial semiaberto. (HC n. 739.951/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO DE CONCURSO NECESSÁRIO. RÉU QUE FOI FLAGRADO, DENUNCIADO E CONDENADO SOZINHO. FLAGRANTE EM ÁREA DOMINADA POR FACÇÃO CRIMINOSA, APÓS TIROTEIO. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS, ARMA DE FOGO MUNICIADA E RÁDIOS TRANSMISSORES. JURISDIÇÃO ORDINÁRIA QUE

NÃO DECLINOU OBJETIVA E CONCRETAMENTE A ESTABILIDADE E A PERMANÊNCIA DOS AGENTES PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. ÔNUS QUE SE IMPÕE NO SISTEMA ACUSATÓRIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. No caso, os elementos relativos à estabilidade e à permanência exigidas pelo crime de associação para o tráfico foram deduzidos do fato de o Acusado ter sido preso em flagrante em comunidade dominada por facção criminosa, na posse de determinada quantidade de entorpecentes com etiquetas alusivas ao referido grupo criminoso, oito rádios comunicadores e uma arma de fogo municada, quando estava junto de outros indivíduos não identificados, em um grupo que efetuou disparos contra a guarnição.

2. Ocorre que, ao que consta, não houve investigação prévia ou qualquer elemento de prova capaz de apontar que o Agravado estava associado, de forma estável (sólida) e permanente (duradoura) a qualquer indivíduo - mesmo porque foi preso em flagrante, denunciado e condenado sozinho. Observa-se, inclusive, que não foi mencionado o lapso temporal durante o qual o Acusado supostamente estava associado a membros da referida facção criminosa.

3. Portanto, considerando os fatos narrados e os precedentes desta Corte Superior sobre a matéria, tem-se que foi demonstrada tão somente a configuração do delito de tráfico de drogas, deixando a Jurisdição ordinária de descrever não apenas o concurso necessário de agentes, mas também fatos que demonstrassem o dolo e a existência objetiva de vínculo estável e permanente entre os agentes.

4. Concluir que a Jurisdição ordinária não se valeu do melhor direito para condenar o Agravado não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 35 da Lei de Drogas.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 717.721/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 18/11/2022.)

Dessa forma, imprescindível a comprovação pela Acusação de estar o acusado realmente associado com terceiros para a prática de tráfico ilícito de entorpecente sendo indispensável, ademais, a prova da **estabilidade e da permanência** da associação, sob pena de conversão do princípio – assegurado constitucionalmente – da presunção de inocência em presunção de culpa.

In casu, ao contrário do asseverado pela Acusação e destacado na r. sentença recorrida, não há nos autos prova segura de vínculo associativo estável e permanente do acusado com terceiros não identificados para a prática de tráfico ilícito de entorpecente.

Trata-se o presente caso de uma única diligência policial, que poderia ter inclusive ensejado o regular aprofundamento das investigações, o que, todavia, não ocorreu ou ao menos não foi demonstrada nos presentes autos.

Mesmo que se considerasse lícito o comportamento adotado pelos policiais, a apreensão de materiais ilícitos, desacompanhada das necessárias providências investigativas com o fito de se estabelecer um vínculo estável e permanente entre os envolvidos não permite concluir pela configuração do crime do art. 35 da Lei 11.343/06.

Registre-se, por oportuno, que ainda que o local dos fatos se trate de local dominado por esta ou aquela facção, tal circunstância não exime a Acusação de comprovar que o apelante realmente estava associado com outras pessoas para a prática do tráfico de drogas.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que os policiais nada presenciaram quanto à suposta associação, a qual não pode assim ser reconhecida apenas em razão do acusado ter sido preso no interior de comunidade ligada à facção criminosa Comando Vermelho, tal como por eles alegado e como concluiu-se na r. sentença de primeiro grau, uma vez ausente qualquer prova do vínculo associativo, estabilidade e permanência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.
2. No caso, as instâncias ordinárias, em nenhum momento, fizeram referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre o paciente e os integrantes da facção criminosa conhecida como Comando Vermelho; na verdade, as instâncias de origem presumiram, com base apenas no local em que o réu foi preso em flagrante, que ele seria integrante do Comando Vermelho e, assim, proclamaram a condenação com base em meras conjecturas acerca de uma *societas sceleris*.
3. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa, em sua dinâmica subjetiva ? o ânimo a mover a conduta ? decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.
4. Uma vez que o corréu se encontra em situação fático-processual idêntica à do paciente, devem ser-lhe estendidos os efeitos deste acórdão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida, para absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo 0148254-77.2018.8.19.0001. Extensão, de ofício, ao corrêu. (HC 557.151/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020)

Nessa perspectiva, se efetivamente existem provas da participação do acusado – e não de outras pessoas, pois o que está *sub judice* não é a existência de uma facção chamada Comando Vermelho, nem se ela atua nas imediações locais, mas sim se o acusado está associado com outrem para a prática de tráfico –, o certo é que essa prova não foi trazida a Juízo.

Ao revés, após atenta análise da sentença e das provas conclui-se que não constam dos autos diligências investigativas focadas nas atividades do acusado capazes de demonstrar, estreme de dúvidas, a existência do liame subjetivo entre ele e terceiros não identificados tampouco de vínculo associativo prévio, estável e permanente entre eles para prática dos delitos trazidos na Lei 11.343/06, o que inviabiliza o reconhecimento do crime do artigo 35 do mesmo diploma legal.

Por sua vez, é cediço que no sistema acusatório vigente, orientado pelo princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88 e art. 8º, Pacto San José da Costa Rica), o ônus probatório é inteiro da Acusação, já que a dúvida sobre a prática da conduta descrita na denúncia deve conduzir à absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em sendo assim, inexistindo prova suficientemente hígida para sustentar um juízo de reprovação, impõe-se a absolvição do acusado quanto ao ilícito do art. 35 da Lei 11.343/06, nos moldes do art. 386, VII, Código de Processo Penal.

Nesses termos, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO DEFENSIVO, superar as preliminares E, NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO** para absolver o acusado dos crimes do art. 33, *caput*, Lei 11.343/06 e art. 35 da Lei 11.343/06, ambos com fulcro no art. 386, VII, Código de Processo Penal, determinando-se a expedição de **alvará de soltura** em favor do acusado, se por *al* não estiver preso, e ofício à VEP.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

PAULO BALDEZ
Desembargador Relator