



APELAÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO Nº 0800431-06.2025.8.19.0071
APELANTE: WESLEY OLIVEIRA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA PORTO REAL E QUATIS
RELATOR: DES. LUCIANO SILVA BARRETO

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/06. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ARTIGO 16, § 1º, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINARES DE INVALIDADE DA BUSCA PESSOAL E POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. REJEIÇÃO. DELAÇÃO ANÔNIMA, ABORDAGEM POLICIAL E CONSENTIMENTO DO MORADOR PARA INGRESSO NA RESIDÊNCIA. AUTORIZAÇÃO CONFIRMADA EM JUÍZO. REGULARIDADE DA DILIGÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS POLICIAIS HARMÔNICOS COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. SÚMULA Nº 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TRÁFICO CONFIGURADO PELA NATUREZA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA DROGA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO COMPROVADAS. ELEMENTOS COLIGIDOS NÃO AUTORIZAM O JUÍZO DE CENSURA. ADMISSÃO PARCIAL NÃO CONFIGURA COLABORAÇÃO EFETIVA COM A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ARTIGO 65, INCISO III, “D”, DO CÓDIGO PENAL. RECLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DO ARTIGO 16, § 1º, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03 PARA A CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO IV, DA LEI Nº 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO ENTRE A POSSE DA ARMA E A MERCANCIA ILÍCITA DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA READEQUADA. PENA FINAL REDUZIDA. REGIME INICIAL MITIGADO PARA O SEMIABERTO EM RAZÃO DO QUANTUM DA REPRIMENDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta contra a sentença que condenou o réu pela prática das imputações tipificadas nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e no artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, em concurso material, à pena de 11 anos de reclusão, no regime fechado. A defesa argui preliminares de invalidade da busca pessoal e de violação de domicílio, pleiteia absolvição por insuficiência de prova e, subsidiariamente, a reclassificação do delito relativo à arma de fogo, aplicação da atenuante da confissão espontânea, incidência da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e a mitigação do regime para o aberto.

QUESTÕES EM DISCUSSÃO

As questões em discussão consistem em verificar:

- (i) a legalidade da busca pessoal e do ingresso dos policiais na residência do apelante;
- (ii) a idoneidade do conjunto probatório para manutenção da condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico;
- (iii) a correta tipificação jurídica da conduta relativa à arma de fogo arrecadada no interior da residência;
- (iv) a incidência de circunstâncias atenuantes, causas de dimi-pena e o regime inicial de cumprimento da reprimenda.





RAZÕES DE DECIDIR

1. Legalidade da abordagem policial e da busca pessoal.

A abordagem decorreu de informações previamente recebidas acerca da prática de tráfico de drogas pelo apelante que era conhecido da guarnição policial por envolvimento com a criminalidade na região. Não se vislumbra ilegalidade ou invalidade na busca pessoal realizada.

2. Ingresso no domicílio com consentimento do morador.

Resultou demonstrado que o acesso dos policiais à residência ocorreu com autorização da tia do apelante, circunstância confirmada em juízo pelas narrativas das pessoas ouvidas, o que afasta a preliminar de violação da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

3. Materialidade e autoria do tráfico de drogas.

A materialidade foi comprovada pelos autos de prisão em flagrante, de apreensão e laudos periciais que confirmaram tratar-se de cocaína, além da prova oral harmônica e coerente. A forma de acondicionamento da droga em pinos plásticos e as circunstâncias da arrecadação evidenciam destinação à mercancia ilícita.

4. Validade do testemunho policial.

Os depoimentos prestados pelos agentes de segurança possuem presunção de veracidade quando coerentes e harmônicos com os demais elementos de prova, entendimento consolidado na Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

5. Configuração do crime de associação para o tráfico.

O conjunto probatório não evidencia a existência de vínculo estável e permanente entre o apelante e integrantes da facção criminosa. Elementos coligidos aos autos não autorizam o juízo de censura. Absolvição que se impõe.

6. Inaplicabilidade da atenuante da confissão espontânea.

A admissão parcial feita pelo apelante, consistente apenas no reconhecimento da guarda da arma para terceiro, não contribuiu para a elucidação dos fatos e não serviu de fundamento para a condenação, não atraindo a incidência do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

7. Reclassificação da imputação relativa à arma de fogo.

A posse da arma ocorreu no mesmo contexto fático da traficância, razão pela qual se aplica o princípio da especialidade para afastar o crime autônomo do artigo 16 da Lei nº 10.826/03 e reconhecer a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06.

8. Dosimetria da pena.

Mantida a pena-base no mínimo legal para o crime de tráfico, aplicando-se a majorante do artigo 40, inciso IV, da Lei de Drogas na fração de um sexto, resulta a pena definitiva de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

9. Regime prisional e direito de recorrer em liberdade.

Regime prisional mitigado para o semiaberto, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Inexistindo alteração do quadro fático que justificou a prisão preventiva, não há fundamento para permitir que o apelante aguarde o julgamento do recurso em liberdade.

DISPOSITIVO



Recurso conhecido e parcialmente provido para **absolver o apelante na imputação de associação para o tráfico, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do CPP e reclassificar a imputação do artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na causa de aumento prevista no artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, redimensionada a pena final para 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, mitigado o regime para o semiaberto**, mantida a sentença em seus demais termos.

TESE DE JULGAMENTO

1. O ingresso de policiais em residência é lícito quando autorizado por morador do imóvel, afastando a alegação de violação da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.
2. Os depoimentos de policiais possuem aptidão probatória para fundamentar a condenação quando coerentes e corroborados por outros elementos de prova.
3. A posse de arma de fogo ocorrendo no mesmo contexto da traficância, deve prevalecer o princípio da especialidade, com incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, em detrimento da imputação autônoma do artigo 16 da Lei nº 10.826/03.

DISPOSITIVOS RELEVANTES CITADOS

Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, XI e LVI; Código Penal, artigos 33, § 2º, “a”; 65, inciso III, “d”; 69; Código de Processo Penal, artigos 240, § 2º; 244; 302; 386, inciso VII; Lei nº 11.343/06, artigos 33, caput e § 4º; 35; 40, inciso IV; Lei nº 10.826/03, artigo 16, § 1º, inciso IV.

JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE CITADA

Supremo Tribunal Federal, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015; Supremo Tribunal Federal, HC 91.487/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 19/10/2007; Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.574.681/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017; Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AgRg nos EDcl no RHC 125.265/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/05/2020; Superior Tribunal de Justiça, RHC 66.592/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 30/05/2016; Superior Tribunal de Justiça, HC 254.373/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/02/2014; Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 2.217.625/AL, Rel. Min. Carlos Cini Marchionatti, Quinta Turma, julgado em 19/08/2025; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Criminal nº 0019034-79.2021.8.19.0014, Rel. Des. Katia Maria Amaral Jangutta, Segunda Câmara Criminal, julgado em 19/12/2022; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Criminal nº 0020762-67.2019.8.19.0066, Rel. Des. José Acir Lessa Giordani, Segunda Câmara Criminal, julgado em 29/11/2022.

Visto, relatado e discutido este recurso de apelação criminal nos autos do Processo nº 0800431-06.2025.8.19.0071, em que é apelante WESLEY OLIVEIRA e, apelado, O MINISTÉRIO PÚBLICO.





ACORDAM os Desembargadores que compõem a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data, **por unanimidade de votos, no sentido de CONHECER DO RECURSO e LHE DAR PARCIAL PROVIMENTO para absolver o apelante na imputação de associação para o tráfico, com esteio no artigo 386, inciso VII, do CPP e reclassificar a imputação do artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na circunstância de aumento do inciso IV, do artigo 40, da Lei de Drogas, redimensionada a pena final em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no regime semiaberto, mantida a sentença em todos os seus demais termos, na forma do voto do relator.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO
Relator

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **WESLEY OLIVEIRA**, contra a sentença (i.e. 240941949 - PJe), da Exma. Juíza da Vara Única da Comarca de Porto Real e Quatis, Dra. Priscila Dickie Oddo, na qual fora julgada **PROCEDENTE** a pretensão punitiva e **o condenou** pela prática dos crimes tipificados nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06 e 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, c/c 69, do Código Penal, a **11 (onze) anos de reclusão e 1.210 (mil duzentos e dez) dias-multa**, no regime **fechado**.

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O recorrente argui preliminares de invalidade da busca pessoal, por ter sido realizada sem fundada suspeita e do processo em razão da suposta invasão de domicílio, pretende a absolvição nas imputações, com fulcro no artigo 386, inciso VII, c





sob o argumento de ser frágil e inconsistente a prova produzida. Subsidiariamente, a reclassificação da imputação do artigo 16, § 1º, para a do artigo 12, da Lei nº 10.826/03 ou para a circunstância especial de aumento do inciso IV, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, a incidência da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, a mitigação do regime para o aberto, bem como a permissão para apelar em liberdade (i.e. 258957166 – PJe).

O Ministério Público apresentou contrarrazões, opinando pelo **desprovemento do recurso**, no que foi secundado pela Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Julio Cesar Lima dos Santos (i.e. 08 - EJud).

Feito este breve relato e da análise percuente dos autos e elementos a eles carreados, extrai-se que **assiste parcial razão ao recorrente**.

Inicialmente, não merece acolhimento o pleito no sentido de que seja permitido aguardar em liberdade o julgamento do recurso, porquanto da leitura atenta dos autos se extrai que o apelante permaneceu encarcerado durante o curso da instrução procedimental e na sentença o magistrado de primeiro grau não lhe permitiu recorrer em liberdade, pela ausência dos requisitos que autorizam a aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão.

Levando em conta a inexistência de alteração dos motivos que determinaram a imposição de sua prisão preventiva, não se vislumbra a modificação da situação fática, devendo ser mantida.

O recorrente argui invalidade da busca pessoal realizada sem fundada suspeita.

Como é sabido, a "fundada suspeita" exigida para a busca pessoal, prevista nos artigos 240, § 2º e 244, do Código de Processo Penal, não pode ser decorrente de valoração meramente subjetiva, tampouco em simples intuição, devendo ser motivada por circunstâncias concretas que justifiquem a necessidade da ação do agente policial, de





que não seja considerada arbitrária e não configure eventual violação à garantia constitucional de proteção à intimidade e à vida privada.

Na situação em análise, os policiais receberam informações no sentido de que o apelante, conhecido deles por seu envolvimento no tráfico da região, dominada pela facção criminosa comando vermelho, comercializava naquela ocasião substâncias estupefacientes nas proximidades do bar do Renan.

No local apontado, o avistaram, mas nada encontraram com ele. Indagado sobre a delação anônima, o apelante permitiu que eles fossem até a sua residência e, ali, a sua tia os autorizou a ingressarem no imóvel.

Aliado a isso, como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça ... ***ao abordarem o réu os policiais apenas cumpriram sua função de policiamento preventivo. Havia uma denúncia de tráfico de drogas praticado pelo réu, pessoa a quem já conheciam pelo envolvimento com o Comando Vermelho. Afinal, ainda que não haja trânsito em julgado de qualquer sentença condenatória, há sim processos criminais por tráfico de drogas e crime da Lei de Armas anteriores ao destes autos. Porém, diga-se que nesta abordagem em que houve a busca pessoal nada foi encontrado com o réu. Não há sequer razão para qualquer questionamento visando nulificar a obtenção de qualquer prova, já que desta diligência nenhuma prova se obteve ilicitamente. ...***

De igual sorte não merece acolhida a preliminar de invalidade do processo, por suposta violação de domicílio.

Reputa-se vilipendiada a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a qual não pode ser afastada pela alegação de se tratar da situação de flagrante delito e de ser crime permanente, uma vez que somente o contexto fático anterior ao ingresso dos policiais no imóvel é apto a configurar a existência de fundadas razões capazes de legitimar a mitigação da aludida garantia mandamental, com a consequente imprescindibilidade do seu ingresso na casa, a fim de fazer cessar a conduta delituosa ali praticada, cenário que não ocorreu na hipótese vertente.



Na mesma linha de entendimento, decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Carta Magna, em Repercussão Geral, consoante o seu julgado abaixo:

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 – RO. Rel. Min. Gilmar Mendes. 05/11/2015).

É oportuno também trazer à colação a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 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 intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar esperar 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 exigem. 3. **O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.** 4. **O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito** (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação." 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades so



vulneráveis e de baixa renda. 7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 8. **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 írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio 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. 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.** 11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas. 12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial. 13. **Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar ímune a dúvidas a voluntariedade do consentimento.** 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido (RESP 1.574.681 – RS. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 20/04/2017).

A discussão a ser travada nos autos é sobre a legalidade da ação policial ao ingressar na residência do apelante, diante do que dispõe a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XI – *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*.

Poder-se-ia concluir que, em se tratando de situação de flagrância do crime descrito no artigo 33, na Lei de Drogas, na modalidade de trazer consigo e manter em depósito, estaria justificada a entrada no imóvel, independentemente da permissão do morador ou de mandado judicial. Assim, se o agente policial ao ali adentrar e encontrar substância estupefaciente, em desacordo com determinação legal ou regulamentar interior, estaria afastada a violação de domicílio proibida pela Carta Magna.



Não é outro o seguinte entendimento de doutrina abalizada¹:

“Caso sejam encontrados elementos que caracterizem crime em situação de flagrância, como daquele que armazena em casa substância entorpecente para comercialização, estará constitucionalmente autorizada a intervenção, não em razão do mandado que tinha outro objetivo, e sim por força do art. 5º, XI, da Constituição Federal, que autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer hora do dia ou da noite, para que se efetive a prisão em flagrante”. (grifei)

Contudo, não é esta solução simplista que deve prevalecer neste tipo de situação.

Releva observar que a situação de flagrância do delito que autoriza a entrada no domicílio alheio, sem mandado judicial ou de autorização do morador, é aquela em que se tenha a visibilidade material do delito. Não existe flagrante quando não há um mínimo de aparência perceptível aos sentidos relativamente à existência de um crime, nos termos do artigo 302, do CPP.

O ingresso em residência, sem o mínimo de visibilidade do delito, implica na sua violação e a superveniente arrecadação e apreensão de algum material passa a ser ilícita, por força dos comandos dos incisos XI e LVI, do artigo 5º, da Constituição da República.

A justificativa de que se trata de crime de natureza permanente não autoriza o ingresso do agente policial no domicílio, de forma aleatória, para a realização da busca e apreensão de material ilícito, devendo haver indícios seguros que indiquem a prática de um injusto penal.

Ainda sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal definiu em repercussão geral que ***... 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 ...*** (RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário: 05.11.2015. DJe: 10/05/2016).

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2ª Ed.. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 871.





Sustenta a defesa que a prova fora obtida de forma ilícita, na medida em que fora baseada em delação anônima.

Na situação em foco, não se pode perder de vista que, em juízo, tanto o apelante quanto a sua tia – **Maria Helena** foram uníssonos em afirmar que esta última autorizou o ingresso dos policiais na residência, situação que acarretou o encontro da arma e de parte da substância estupefaciente.

Maday Moura das Graças, namorada do apelante, também corroborou em juízo a versão de **Maria Helena** no sentido de que fora autorizado o ingresso dos policiais no aludido imóvel.

Cabe destacar que no momento em que ingressaram no imóvel para iniciarem as buscas, o apelante empreendeu fuga.

Diante dessa realidade, não se vislumbra irregularidade nem ilegalidade na ação policial e tampouco violação à proteção constitucional do domicílio.

Dirimidas as barreiras levantadas contra a higidez do processo, passa-se ao cerne da demanda.

A materialidade resultou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (i.e. 184530658 - PJe); registro de ocorrência e seu aditamento (i.e's. 184530659; 184530674 - PJe); narrativas das pessoas ouvidas (i.e's. 184530661; 184530662; 184530665; 184530670 - PJe); autos de apreensão e encaminhamento (i.e's. 184530663; 184530668; 184530675 - PJe); laudos de exame de entorpecente (i.e's. 184530678; 184530685 - PJe), no qual o *experto* concluiu tratar-se de cocaína, a substância arrecadada.

De igual maneira a autoria, à luz dos elementos de convicção acima apontados e, em especial, pelas narrativas das pessoas ouvidas, tanto na fase de investigação preliminar, quanto no curso da instrução procedimental e, nesta, a seguir transcritas e nominadas:





WELLINGTON ANTÔNIO BANDEIRA, policial militar (i.e. 210688163 - PJe): ... que, no dia dos fatos, recebeu denúncia de que acusado estava traficando próximo à sua residência, e assim dirigiu-se até o local. Ao chegar no bar do Renan, que é próximo da residência do acusado, encontrou o acusado no bar. Falou para ele sobre o teor da denúncia e ele permitiu seguir até a sua residência, sendo que, com ele, nada de ilícito foi encontrado. Na residência, a tia do acusado autorizou a entrada e, durante revista, ele empreendeu fuga. A revista continuou e foi encontrada uma pistola, atrás da gaveta da estante. Também foi encontrada uma certa quantidade de entorpecente. Mais tarde, recebeu denúncia de que o acusado tinha retornado ao imóvel, lá fez o cerco e conseguiu capturá-lo, em posse de mais drogas. Disse que a pistola era 380, com 14 munições, e não se recorda se a numeração estava suprimida. Disse que o entorpecente encontrado era cocaína. Disse que já conhecia o acusado, por tráfico de drogas, e estava armado na ocasião. Afirmou que o acusado é integrante da facção Comando Vermelho e acredita que a sua função seja vapor. Disse que não é possível traficar no local sem pertencer à facção Comando Vermelho. ... (Grifei)

ERICH CARLOS DA SILVA CARMO, policial militar (i.e. 210688163 - PJe): ... que, no dia dos fatos, recebeu denúncia de tráfico no bairro Jardim Real. Chegou ao local, em uma esquina, em que havia um bar, e lá estava o acusado. Em abordagem, com ele nada foi encontrado. Disse que foi até a residência do acusado, fez contato com a tia dele, a namorada também estava na casa, as quais franquearam o acesso. Nas buscas pelo imóvel, encontrou uma pistola e alguma quantidade de drogas. O acusado empreendeu fuga pelos fundos da casa. Conduziu a tia e a namorada à Delegacia como testemunhas. Mais tarde, recebeu informações de que o acusado havia retornado, então foi até a casa e o capturou. Disse que foi encontrada uma pistola, com carregador, com munições, não se recorda se a numeração era suprimida. Não se recorda qual era a droga. Afirmou que o acusado é integrante da facção Comando Vermelho e não sabe informar a sua função. Disse que não é possível traficar no local sem pertencer à facção Comando Vermelho. Disse que já conhecia o acusado, por tráfico de drogas. ... (Grifei)

MADAY MOURA DAS GRAÇAS, informante (i.e. 210688163 - PJe): ... disse que estava presente quando os policiais foram na casa e que eles encontraram a arma na estante da sala e os pinos vazios, sem drogas.; afirmou que as drogas encontradas pelos policiais vieram da Rua Treze e não sabe por que os policiais falaram que essas drogas pertenciam ao acusado; que realmente a arma estava no interior da casa mas não sabe dizer qual arma é e nem sabia que tinha arma em casa; que não sabe dizer se o acusado tem envolvimento com tráfico ou se já teve problemas com os policiais; confirmou que a tia do acusado, Maria Helena, autorizou o ingresso dos policiais na residência e que permaneceu na casa durante toda a abordagem; confirmou que o acusado fugiu do local e disse não estar presente quando o acusado retornou. ; que na outra rua já havia outra viatura parada, com os agentes verificando o local, e lá acharam a droga, sem o acusado. ... (Grifei)

MARIA HELENA DE OLIVEIRA, informante (i.e. 210688163 - PJe): ... ue estava presente quando os policiais foram na casa. Disse que autorizou a entrada dos policiais, e que eles encontraram a arma, telefone e frascos vazios, pertencentes ao acusado. Disse que os policiais encontraram droga em outro bairro, e que não sabe de quem é. Disse que o acusado já foi preso e já teve envolvimento com tráfico de drogas. Não sabe se o acusado continuava com envolvimento com tráfico. Acredita que a facção do acusado seja Comando Vermelho. ... (Grifei)

No âmbito de seu interrogatório, o apelante Wesley admitiu em parte a comissão das condutas que lhe foram atribuídas na exordial pelo que se extrai dos excertos a seguir transcritos (i.e. 210688163 - PJe):



WESLEY OLIVEIRA: ... *que não foi achada nenhuma droga em seu poder; alega que acharam metade de um pino e estão dizendo que acharam mais; que já havia sido abordado pelo PM Bandeira: que confirma que a arma estava em casa e que tinha apenas guardado para um homem da sua rua: que era usuário mas está há quatro meses sem consumir nada; que não havia drogas na sua casa; que não se denomina como pertencente ao Comando Vermelho mas está preso na ala da facção, por ser a facção dominante no local onde mora; afirmou não ter facção, mas não quer ficar em um presídio onde não conhece ninguém e as pessoas de onde mora vão para o local onde está preso.* ... (Grifei)

O testemunho de policiais não deve ser desacreditado em virtude de sua só condição funcional. É presumível que ajam no cumprimento do dever, dentro dos limites da legalidade, daí não ser razoável suspeitar, previamente e sem motivo relevante, da veracidade de suas narrativas, mormente quando são condizentes com o cenário dos autos, inclusive a matéria resultou pacificada neste Tribunal, consolidada no verbete nº 70, da sua Súmula de Jurisprudência.²

Em idêntica linha de compreensão decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, como se depreende do seu julgado abaixo colacionado:

“1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do Paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. Habeas corpus denegado”. (HC nº 91.487/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2007). (grifei)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também caminha em semelhante sentido, ao reconhecer a validade do testemunho do agente policial ou de qualquer outra pessoa, ainda que colhido na fase de investigação preliminar, desde que em sintonia com os demais elementos carreados aos autos, conforme se infere do seu seguinte julgado:

“[...] 5. Os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elemento de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar a condenação. [...]”. (HC 254.373/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª T., DJe 26/2/2014). (grifei)

² “O fato de a prova oral se restringir a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes autoriza a corroboração quando coerentes com as provas dos autos e devidamente fundamentada na sentença”



Os policiais militares, **Wellington** e **Erich**, narraram que no dia dos fatos, receberam informações no sentido de que o recorrente, já conhecido da guarnição pelo seu envolvimento no tráfico de drogas e na facção comando vermelho, realizava a mercancia de substância estupefaciente em via pública, na rua 12, próximo ao bar do Renan. Ao chegarem no local e abordá-lo, nada fora encontrado.

Em seguida, lhe informaram o teor da delação anônima, ocasião em que ele afirmou não estar em situação de traficância e, inclusive, sugeriu que o acompanhassem até a sua residência para provar a sua inocência. Ao se dirigirem para o endereço apontado, com a autorização do apelante e da sua tia, ingressaram no imóvel e informaram que iriam fazer uma busca, ocasião em que ele empreendeu fuga. Em seguida, no interior da residência, encontraram uma pistola da marca Taurus, calibre 380, com numeração suprimida, carregador e 14 munições intactas do mesmo calibre. No quarto, foram encontrados trinta pinos plásticos, eppendorffs, vazios com a inscrição “cpx dos crias”. No quintal do imóvel, foram encontrados sete pinos plásticos, eppendorffs, com 13,10 g (treze gramas e 10 decigramas) de cocaína.

Por fim, após finalizarem as buscas, foram informados que o apelante teria voltado para o imóvel, átimo em que retornaram, fizeram um cerco e lograram êxito em capturá-lo.

Não há de se cogitar da falta de certeza para um juízo de reprovação quanto à prática do tráfico ilícito de drogas, por serem os elementos de prova carregados aos autos firmes e amparados em prova oral coerente e uniforme, que não foi confrontada por algum elemento trazido aos autos pelo recorrente.

Diante da prova oral produzida, circunstâncias da captura e modo de acondicionamento da substância arrecadada – 16 g (dezesesseis gramas) de cocaína, distribuídas em 08 (oito) pinos plásticos, eppendorffs – permitem concluir, estreme de dúvidas, que era destinada à entrega de consumo alheio, mediante venda, propiciando a sua difusão, resultando configurado o tipo do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

O pleito de absolvição no que tange à imputação de associação, tipificado no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, deve prosperar, haja vista que o órgão do Ministério Público





não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a sua configuração típica, sem margem igualmente para dúvida.

A sua definição típica consiste em *associar-se*, de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes tipificados nos artigos 33 e 34, da Lei nº 11.343/06, com o dolo específico ou elemento subjetivo do tipo, entretanto, sem que haja necessidade de que algum desses delitos venha a ser perpetrado.

Na situação vertente, a arrecadação das drogas, aliada à prova oral produzida configuram apenas indícios que, por si sós, não são suficientes, para a formação do convencimento seguro, estreme de dúvida, de que estivesse associado a outros indivíduos para a prática reiterada ou não da mercancia ilícita de drogas.

Deve ser pontuado que não houve investigações anteriores para apurar se, de fato, integrava, de forma duradoura, a facção criminosa que explora o comércio ilegal de drogas na comunidade, lembrando que não foram carreados aos autos elementos de convicção que demonstrassem estar a ela vinculados, não sendo possível aferir, com certeza necessária, se à época, atuava de modo permanente na organização.

Desta maneira, a ausência dos aludidos requisitos estabilidade e permanência, configura uma associação efêmera, configuradora do concurso de pessoas, que era tratada como uma circunstância especial de aumento de pena e não como delito autônomo, no inciso III, do artigo 18, da revogada Lei nº 6.368/76, a qual não fora reproduzida pela atual lei de drogas.

Não se olvida que o legislador ao instituir a norma do artigo 35, da Lei nº 11.343/2.006, erigiu para a sua configuração, a estabilidade e permanência temporal, afigurando-se insuficiente uma simples reunião de duas ou mais pessoas que, de maneira eventual, pratiquem o delito de tráfico de drogas. É imprescindível que o acordo de vontades crie um vínculo entre os participantes, capaz de gerar uma entidade criminosa que se projete no tempo e que demonstre uma certa estabilidade em termos de organização e de permanência, para o desenvolvimento da mercancia ilícita.



Sobre o delito em comento, com propriedade, prelecionava o saudoso LUIZ FLÁVIO GOMES³:

"(...) Nem se diga que, agora, a mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo da associação para o tráfico (antigo art. 14, agora art. 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula 'reiteradamente ou não' significa somente que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções) punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora de crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo". (grifei)

Como se verifica pela susa lição, o tema é pacífico na doutrina e vale destacar os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

1. (...). 2. **Para a caracterização do crime de associação para o tráfico de drogas - art. 35 da Lei n. 11.343/2006 - é imprescindível a demonstração da associação estável, permanente e duradoura de duas ou mais pessoas para o fim de reiteradamente praticar os crimes previstos nos arts. 33 e 34 da referida lei. No caso, tal mister não restou demonstrado à luz dos fatos narrados na denúncia, o que impõe, por certo, o reconhecimento da absolvição do réu. Precedentes.** 3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mantendo a condenação pelo crime de tráfico de drogas; estender ao corréu Thiago Cardoso Botelho os efeitos dessa decisão, em razão da similitude fática, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal; e determinar ao Juízo da Execução que estabeleça qual a fração a ser aplicada com relação ao redutor de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, examine qual o regime a ser adotado para o início do cumprimento da pena e, por fim, aplique a detração penal. (HC 271.723/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 02/05/2014). (grifei)

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA SUA PRÁTICA. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA - **No caso dos autos, não existe comprovação dos requisitos exigidos para caracterização do crime de associação, inclusive, pela parcimônia das indagações que deveriam ter sido feitas pelos policiais ao acusado com o fim de caracterizar a existência entre ele e terceiros não identificados de uma sociedade delinquencial estável e permanente para a exploração do nefasto comércio de substância entorpecente, portanto, não há nenhum reparo a ser feito na sentença vergastada quanto ao injusto penal do artigo 35 da Lei n.º 11.343/06.** (...). DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DA DEFESA. (0000305-64.2014.8.19.0203 – APELAÇÃO DENISE VACCARI MACHADO PAES - QUINTA CAMARA CRIMINAL Data de julgamento: 10/02/2015). (grifei)

Por esse prisma, o cenário probatório se mostra pálido e não leva à conclusão segura quanto à exigida estabilidade e permanência, necessárias para a

³ GOMES, Luiz Flávio [et al.] coordenação. *Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo*, 2.^a atual, e ampl., São Paulo: Editora RT, 2007, p. 206-207.



configuração típica da associação, uma vez que não foram produzidos elementos que demonstrem um duradouro e habitual liame subjetivo jungindo o apelante e outros indivíduos praticantes do tráfico ilícito de drogas, que pudessem evidenciar a sua configuração típica, não bastando meros indícios.

Não merece acolhimento a pretensão de incidência da atenuante da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea d, do CP) por se revelar ínfima, simplória e manifestamente dissociada da realidade dos fatos, uma vez que o apelante admitiu guardar a arma no interior de sua residência, mas para terceira pessoa, situação que não possui o condão de atrair a aplicação do benefício legal, por não representar a postura colaborativa que a lei visa incentivar, consoante se extrai do julgado abaixo colacionado:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CÁRCERE PRIVADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou provimento ao recurso especial, no qual se pleiteia a aplicação da atenuante da confissão espontânea, mesmo que parcial e não utilizada na condenação.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A controvérsia central consiste em definir se a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, deve incidir nos casos em que a admissão da prática delitiva pelo réu é marcadamente parcial, destoante do acervo probatório e não utilizada como fundamento para a formação do convencimento do julgador nas instâncias ordinárias.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo regimental deixou de apresentar novos argumentos capazes de alterar o entendimento da decisão monocrática, limitando-se a reiterar a tese já veiculada no recurso especial.

4. A aplicação da atenuante da confissão espontânea, nos termos da Súmula 545/STJ, está condicionada à sua utilização para a formação do convencimento do julgador. No caso concreto, as instâncias ordinárias foram expressas em afirmar que a condenação se fundamentou em um robusto conjunto probatório, notadamente a palavra da vítima, os depoimentos testemunhais e as provas documentais, sendo a confissão parcial do réu irrelevante para o desfecho condenatório.

5. A admissão de uma agressão mínima ("um único tapa"), com a negação das condutas mais graves devidamente comprovadas nos autos (esganadura, mordida e cárcere privado), não configura efetiva colaboração com a elucidação dos fatos, mas sim uma estratégia defensiva para minimizar a própria responsabilidade penal, o que desvirtua a finalidade da norma atenuante.

6. A jurisprudência desta Corte, embora admita a confissão parcial ou qualificada, não se aplica de forma irrestrita a toda e qualquer admissão de fatos. A confissão que se revela ínfima, simplória e manifestamente divorciada da realidade fática apurada não possui o condão de atrair a incidência da benesse legal, porquanto não representa a postura colaborativa que a lei visa incentivar.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: A admissão parcial de fatos pelo réu, quando se revela manifestamente destoante do acervo probatório e não é utilizada para fundar o decreto condenatório, não enseja a aplicação da atenuante da confissão es



(art. 65, III, 'd', do CP), por não representar efetiva colaboração com a elucidação da verdade real. (AgRg no REsp 2217625/AL. Min. Carlos Cini Marchionatti. Quinta Turma. Data do Julgamento: 19/08/2025. Data da publicação: 25/0/2025). (Grifei)

Noutro viés, no tocante à imputação tipificada no artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, deve ser reclassificada para a circunstância especial de aumento do inciso IV, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, em vez de considerá-la infração autônoma, levando em conta que o artefato vulnerante seria utilizado para garantir o êxito da mercancia ilegal entorpecentes.

Aflora do cenário descrito nos autos que a arrecadação da substância e da arma de fogo ocorreu no mesmo contexto fático, daí não ser hipótese de absolvição.

Observa-se que a conduta conduziria a duas conclusões distintas, consistente no reconhecimento da majorante específica disposta na Lei de Drogas (artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06) ou do concurso material de crimes admitido na sentença.

Entretanto, uma vez demonstrada a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas, e à luz do princípio da especialidade, deve incidir, na espécie a majorante inculpada no inciso IV, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, o que se faz na fração mínima de 1/6 (um sexto).

Noutra angularidade, fenece a pretensão de aplicação da circunstância especial de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2.006, uma vez que a aludida minorante tem por escopo traficantes episódicos e pressupõe a existência concomitante dos requisitos que elenca, dentre eles a primariedade do agente.⁴

Malgrado seja primário e sem maus antecedentes, as circunstâncias de perpetração do delito, de ser conhecido dos policiais por outras abordagens por idênticos fatos, além de guardar substância estupefaciente (cocaína), levam à conclusão de que não é criminoso habitual, de modo sua conduta não se coaduna com o escopo visado pela norma, que é dar tratamento diferenciado àquele que de modo não contumaz pratica atos de mercancia ilícita de drogas, o que inviabiliza a aplicação da aludida minorante.

⁴ STJ. 5ª Turma. HC 355-593/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2016



A sua incidência para todos os imputados primários e de bons antecedentes, levaria à banalização dessa circunstância especial de diminuição, o que não se coaduna com o objetivo da lei.

A mesma linha de compreensão esposada é sufragada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte, pelo que se extrai dos seus julgados abaixo:

RHC 94806, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma STF, julgado em 09/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-02 PP-00785 “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes. 2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas. 3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. 4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento.”

AgRg no HC 235084 / MS - Relator Ministro JORGE MUSSI - QUINTA TURMA - Julgamento: 16/12/2014 - DJe 02/02/2015 “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. 2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram a conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas. 3. Para entender em sentido contrário seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, providência incabível na via estreita do remédio constitucional. REGIME INICIAL FECHADO. CONCURSO MATERIAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33, § 2.º, A, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Não se pode considerar ilegal o regime inicial fechado, pois a reprimenda foi definitivamente estabelecida em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, em razão do concurso material, circunstância que justifica a imposição do modo mais gravoso, consoante o disposto no art. 33, § 2.º, a, do Código Penal. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO PARA POSSE. REVOLVIME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE N ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPRO A pretensa desclassificação da conduta de porte de arma de f



posse exigiria aprofundado exame de matéria fático-probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido

DES. VALMIR RIBEIRO - Julgamento: 24/10/2012 - OITAVA CAMARA CRIMINAL - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO, EM CONCURSO MATERIAL. RECURSO MINISTERIAL.- AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006.- ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA.RECURSO DEFENSIVO.- ABSOLVIÇÃO.- FRAGILIDADE DE PROVAS.- ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE PORTE DE MUNIÇÕES POR ATIPICIDADE DA CONDUTA.- APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, IV, DA LEI ANTIDROGAS.- IMPOSSIBILIDADE.- ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL.- SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. Deve ser afastada da reprimenda do apelante a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº. 11.343/06, eis que, embora primário e de bons antecedentes, como demonstra sua folha de antecedentes criminais (fls. 71/73), a apreensão de significativa quantidade de material entorpecente 140.40g de cloridrato de cocaína e bem assim de expressiva quantidade de cartuchos de munições para fuzil - 200; o local em que o mesmo fora flagrado, conhecido por área de tráfico de drogas - favela Vila Ideal, no município de Caxias, revelam que o apelante se dedica a atividades criminosas, sendo o responsável pelo transporte de, pelo menos, drogas e munições entre as favelas de Vila Ideal e Mangueirinha.- Devendo, portanto, ser afastada da pena relativa ao tráfico de drogas a causa de diminuição aplicada.-(...)- Provimento do recurso ministerial.- Provimento parcial do recurso defensivo”.

Nesse passo deve ser refeito o processo dosimétrico.

Do delito do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06

A pena-base é mantida no mínimo legal de **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, permanecendo inalterado na fase intermediária.

Na terceira etapa, é recrudescida de 1/6 (um sexto) pela majorante do inciso IV, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, passando para **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, tornando-se definitiva à míngua de outras causas de aumento e diminuição.

O redimensionamento da reprimenda imposta ao apelante, aliado à primariedade e que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, recomendam a mitigação do regime inicial de cumprimento de pena para o **semiaberto**, consoante dicção dos §§ 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal.





Incabível a substituição da pena privativa de liberdade e a suspensão condicional do processo, ante o quantitativo da pena.

No que pertine ao prequestionamento, deixou o recorrente de efetuar o cotejo da decisão recorrida, com a jurisprudência das Cortes Superiores, de modo a apontar a incompatibilidade com os seus julgados, fato este a demonstrar a sua utilização inadequada.

Diante do exposto, **VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO e LHE DAR PARCIAL PROVIMENTO para absolver o apelante na imputação de associação para o tráfico, com esteio no artigo 386, inciso VII, do CPP e reclassificar a imputação do artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na circunstância de aumento do inciso IV, do artigo 40, da Lei de Drogas, redimensionada a pena final em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no regime semiaberto, mantida a sentença em todos os seus demais termos.**

Ocorrendo o trânsito em julgado, **oficie-se à SEAP para a imediata transferência do apenado para uma unidade prisional compatível com o regime que lhe fora imposto.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Relator

