



ESPELHO – Questão Subjetiva – Processo Penal

a) A medida processual adequada é o recurso de apelação, pois a instrução processual foi finalizada e o juiz proferiu sentença condenatória. Assim, segundo o art. 593, I, do CPP, você, como defensor público, deveria recorrer da decisão por meio do recurso de apelação.

Art. 593 do CPP. Caberá apelação no prazo de 5 dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

Abordagem esperada	Nota máxima
Apelação (art. 593, I, do CPP)	1,0

b) As teses de defesa no caso são:

1- Invasão ao domicílio do réu. Provas ilícitas. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Desentranhamento das provas ilícitas e de todas que decorrem dela.

A primeira tese de defesa a ser suscitada é sobre a invasão indevida no domicílio do réu, já que o STF decidiu que a mera intuição sobre a traficância não é suficiente para que policiais violem a cláusula da inviolabilidade do domicílio, prevista na CF como direito fundamental (art. 5º, XI, da CF).

Art. 5º, XI, da CF. 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.

A invasão de domicílio sem autorização judicial somente pode se dar caso existam elementos concretos que indiquem o flagrante delito, não sendo suficiente, para tanto, meras conjecturas. Assim, no caso, fato de Bruno ter corrido para sua casa não é motivo concreto relevante para concluir que ele estava traficando drogas. Até porque, se os mesmos policiais estivessem em um bairro de classe alta e vissem um jovem correndo para sua casa, possivelmente não invadiriam sua residência dessa forma, concluindo que ele é traficante de drogas.

Aceitar a utilização de provas colhidas nessas circunstâncias significa admitir que o Estado pode, arbitrariamente, invadir domicílios na busca não fundamentada de efetuar prisões em flagrante, violando garantias constitucionais individuais.

Como dito, o STF tem acórdão com repercussão geral¹ que afirma que a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária, de modo que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, não justifica a medida invasiva (RE 603.616/RO – tema 280). No mesmo sentido, o STJ no REsp 1.574.681.

Vejamos a tese do STF:

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.

E, para corroborar, veja que interessante essa outra decisão do STF em caso semelhante ao proposto na questão:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. 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 espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional 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. (...)

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 quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente 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

¹ Se quiser aprofundar, leia essa matéria do site do STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303364>

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 imune 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 1574681/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017)

Ressalta-se que a Defensoria Pública de SP tem Tese Institucional² sobre o tema:

² Para ler a íntegra da tese, acesse:

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61351&idModulo=9706>

TESE 94: a natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida.

Portanto, toda prova colhida de forma contrária às garantias constitucionais (como a garantia à não inviolabilidade do domicílio) é considerada prova ilícita e, de acordo com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, todas as demais provas que decorrem dela devem ser consideradas ilícitas também, sendo todas desentranhadas dos autos.

Art. 5º, LVI, da CF. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 157 do CPP. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (*Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*).

§ 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Obs: esse tema é quente e pode cair também em questão objetiva. Veja essa pergunta para Delegado de Polícia do MS, da banca FAPEMS, de 2017:

Com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos e garantias fundamentais, assinale a alternativa correta.

- a) O fato de o réu estar sendo processado por outros crimes e respondendo a outros inquéritos policiais é suficiente para justificar a manutenção da constrição cautelar.
- b) 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.
- c) É nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, quando a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima.
- d) Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado pode ser considerada como mau antecedentes criminais para fins de dosimetria da pena.
- e) A constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifica a entrada forçada em domicílio sem determinação judicial, sendo desnecessário o controle judicial posterior à execução da medida.

Alternativa correta: b.

2- Nulidade pela inversão da ordem processual do interrogatório. Último ato da instrução. Decisão do STF reconhecendo que o interrogatório deve ser o último ato da instrução.

A segunda tese de defesa diz respeito à ordem do interrogatório do réu.

Muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência sobre a ordem do interrogatório durante a instrução processual: se deve ser o primeiro ato da instrução, como exigem algumas leis específicas (por exemplo a Lei de Drogas no art. 57, p. único), ou se deve ser o último ato da instrução, como determina o art. 400 do CPP, alterado em 2008 pela Lei 11.719.

Art. 57, parágrafo único, da Lei 11.343/06 (Drogas). Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 400, *caput*, do CPP. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das

testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado (redação dada pela Lei 11.719, de 2008).

Da leitura dos dispositivos acima, percebe-se que há um conflito aparente de leis (antinomia). De um lado temos uma lei específica (lei de drogas é especial em relação ao CPP) e de outro temos uma lei mais atual (o art. da Lei de drogas é de 2006 e o art. do CPP é de 2008), ambas exigindo o interrogatório do réu em momentos diversos. Trata-se do conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico.

Ocorre que, até o advento da Lei 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, o interrogatório era o primeiro ato da instrução processual penal. Assim, havia controvérsia acerca da natureza jurídica do interrogatório: uns entendiam se tratar de meio de prova, outros entendiam se tratar de meio de defesa.

Com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução processual penal, de modo que o acusado somente será ouvido após ter ciência de todo contexto probatório, o que deu força ao entendimento de que o interrogatório é um meio de defesa. Portanto, o STF decidiu que o interrogatório deve ser o último ato processual em qualquer tipo de procedimento, seja o comum, seja o especial (ex: Lei de Drogas, Código de Processo Penal Militar).

Veja a decisão do STF:

(...) **A Lei 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa** (art. 5º, inciso LV). (...)7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado” (HC 127.900-AM, Plenário, DJe 10/03/2016 – Impetrante: DPU).

E o STJ também decidiu no mesmo sentido:

A norma contida no art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/08, deveria irradiar efeitos sobre todo o sistema processual penal, ramificando-se e afastando disposições em sentido contrário, mesmo em procedimentos regidos por leis especiais. Arredou-se, pois, o consagrado critério de resolução de antinomias – princípio da especialidade –, em favor de uma interpretação teleológica em sintonia com o sistema acusatório constitucional, sem que tenha havido, no entanto, declaração de inconstitucionalidade das regras em sentido contrário predispostas em leis especiais ou mesmo da redação originária do art. 400 do CPP. Em conclusão: o interrogatório passa a ser o último ato da instrução, sendo que a Lei n. 11.719/2008, geral e posterior, prepondera sobre as disposições em contrário presentes em leis especiais” (HC 397.382-SC, DJe 14/08/2017).

Nesse caso, portanto, deve-se pedir a nulidade do processo desde o interrogatório, com base no art. 564, IV, do CPP, pois houve uma inversão indevida na ordem desse ato processual, uma vez que deve ser o último e não o primeiro, já que se trata essencialmente de um meio de defesa do réu.

Art. 564 do CPP. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

3- Absolvição por falta de provas. A droga é uma prova obtida de forma ilícita e o testemunho dos policiais, por si só, não é capaz de referendar uma condenação.

Essa tese de defesa decorre da tese 1. Isso porque, como a droga foi apreendida de maneira ilegal, ela será considerada prova ilícita e não poderá servir para comprovar o suposto crime. Sem essa prova, não restam mais provas lícitas capazes de referendar uma condenação.

Além disso, cabe ressaltar que o testemunho dos policiais não configura prova suficientemente idônea para comprovar que o réu é realmente traficante de drogas. Assim, como não houve nenhum outro elemento probatório que pudesse corroborar a versão trazida pela acusação, deve prevalecer a tese alegada pelo acusado, de que não é traficante de drogas, já que na dúvida o juiz precisa decidir favoravelmente ao réu (princípio do *in dubio pro reo*).

4- Absolvição por ausência de laudo toxicológico definitivo

Caso o juiz entenda que as provas não são ilícitas, devemos pleitear a absolvição de Bruno pela ausência da elaboração do laudo toxicológico definitivo, exame que é necessário para a comprovação da materialidade delitiva (ou seja, que aquela substância apreendida é maconha).

Ocorre que a necessidade de ser elaborado um laudo toxicológico definitivo é motivo de controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Isso porque a Lei de Drogas fala sobre o laudo provisório e sobre o laudo definitivo em dispositivos um pouco confusos, com uma redação ruim. Vejamos:

Art. 50 da Lei 11.343/06. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 horas.

§ 1º. Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea (*LAUDO PROVISÓRIO*).

§ 2º. O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

§ 3º. Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (...)

A grande diferença entre os dois laudos é que o laudo preliminar é, em geral, realizado na própria Delegacia, por um escrivão sem aptidão técnica adequada, atestando apenas que as substâncias apreendidas aparentam ser entorpecentes. Assim, o laudo preliminar é suficiente para lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como para admissão da denúncia formulada pelo Ministério Público.

Já o laudo definitivo, por sua vez, é realizado por peritos especializados, e confirma, com certeza, que o material realmente é entorpecente. Portanto, somente com esse laudo definitivo é que se pode falar em materialidade delitiva para sustentar uma condenação.

Ocorre que parte da jurisprudência atual entende que não é imprescindível a realização de um laudo toxicológico definitivo se já foi elaborado o laudo provisório com o mesmo grau de certeza do laudo definitivo. Nesse sentido, o STJ abriu a seguinte exceção:

AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO: FALTA DE PROVA, E NÃO NULIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. CASO DOS AUTOS. EMBARGOS PROVIDOS.

1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a

natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. Precedente: HC 350.996/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 24/08/2016, publicado no DJe de 29/08/2016.

2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo.

3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados "narcotestes" e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados.

4. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação.

5. De outro lado, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito.

6. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta que a materialidade do delito de que o réu é acusado ficou provada, negar provimento a seu recurso especial.

(REsp 1544057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016)

No entanto, nós, como defensores públicos, não podemos coadunar com flexibilização das formalidades previstas no texto legal, principalmente quando se dá em desfavor do réu, pois no processo penal a forma é garantia. Isso significa que os procedimentos devem seguir à risca o texto da lei, sob pena de se violar o devido processo legal.

5- Desclassificação da conduta para o crime de uso de drogas para consumo pessoal. Posterior declaração incidental de inconstitucionalidade do crime ou, subsidiariamente, remessa ao Jecrim e aplicação da suspensão condicional do processo

Uma tese extremamente importante diz respeito à desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei de Drogas) para o crime de uso de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas). Veja que nos dois interrogatórios que ocorreram (na polícia e perante o juízo), o acusado afirmou que não é traficante de drogas, mas mero usuário.

Ao mesmo tempo, a acusação não se desincumbiu de provar que o réu é realmente traficante, já que não existem elementos probatórios suficientes para tanto. Não foi encontrada balança de medição, anotações de uma possível clientela, pacotes de separação etc. Por isso, todo o contexto probatório é favorável à tese do acusado, de que ele é realmente apenas uma pessoa que faz uso da maconha para fins recreativos.

De tal modo, após defender a desclassificação do crime conforme o suporte probatório, é preciso que se pleiteie a declaração incidental de inconstitucionalidade do crime de uso de drogas para consumo pessoal, já que tal tipificação viola os princípios da alteridade e da

ofensividade, bem como da intimidade e da vida privada. Isso se justifica pois somente se admite a incriminação de condutas potencialmente lesivas de bens jurídicos relevantes de terceiros.

Assim, considerando que a conduta do usuário de drogas afeta apenas sua própria saúde e que a autolesão é criminalmente irrelevante, não é possível incriminar a posse de drogas para uso próprio, devendo o fato ser considerado atípico. Consequentemente, o réu deve ser absolvido pela atipicidade do fato.

Art. 386 do CPP. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

III - não constituir o fato infração penal;

Nesse contexto, deve-se recordar que pende de julgamento no STF a decisão sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (REsp 635.659/SP - Tema 506). Esse recurso foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo contra a condenação de uma pessoa pelo consumo de 3 gramas de maconha.

Além disso, voltando para nosso caso concreto, é possível que o Tribunal, no julgamento do recurso de apelação, opte por, desclassificando a infração, não absolver o apelante. Nesse caso, devemos pleitear, subsidiariamente, que haja o reconhecimento da incompetência do juízo comum de primeiro grau e posterior remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Isso porque o art. 48, § 1º, da Lei de Drogas estabelece a competência do Jecrim para julgar a prática das condutas previstas no art. 28, valendo salientar que tal competência tem ainda assento constitucional (art. 98, I, da CF).

Art. 48, § 1º, da Lei 11.343/06. O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Art. 98 da CF. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Por fim, caso seja afastada tese de absolvição do apelante por inconstitucionalidade e também a de incompetência do juízo prolator da sentença recorrida, deve-se requerer a suspensão condicional do processo (prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995), com a determinação de que o feito seja remetido ao primeiro grau, para que, lá, o MP se manifeste sobre eventual proposta de suspensão condicional do processo.

Art. 89 da Lei 9.099/95. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Destaca-se que o fato de já ter sido realizada a instrução e proferida sentença não impede o oferecimento da suspensão condicional do processo, pois o art. 383, § 1º, do CPP afirma que, se em consequência de desclassificação houver possibilidade de suspensão condicional do processo deve o juiz proceder de acordo com a lei. No mesmo sentido, aliás, o entendimento do STJ na súmula 337:

Art. 383 do CPP. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º. Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

Súmula 337 do STJ. É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

Abordagem esperada	Nota máxima
Invasão ao domicílio do réu. Provas ilícitas. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Desentranhamento das provas ilícitas e de todas que decorrem dela	2,0
Nulidade pela inversão da ordem processual do interrogatório. Último ato da instrução. Decisão do STF reconhecendo que o interrogatório deve ser o último ato da instrução	2,0
Absolvição por falta de provas. A droga é uma prova obtida de forma ilícita e o testemunho dos policiais não é, por si só, capaz de referendar uma condenação	1,0
Absolvição por ausência de laudo toxicológico definitivo	1,0
Desclassificação da conduta para o crime de uso de drogas para consumo pessoal. Posterior declaração incidental de inconstitucionalidade do crime ou, subsidiariamente, remessa ao Jecrim e aplicação da suspensão condicional do processo	3,0