

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000846-07.2021.8.05.0105 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: IAGO SANTOS ALVES Advogado (s): YABE LUCIANO SANTOS, KAIO SOUSA ABREU SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS SOB ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL REALIZADA NO ACUSADO REJEITADA – CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO BASEADA NO FLAGRANTE E NOS DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – DESTINAÇÃO DA DROGA SOMENTE PARA USO AFASTADA – CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO – INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11343/06 – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA AFASTAR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – APLICAÇÃO DO REDUTOR AO RECORRENTE – INVIABILIDADE DO PRETENDIDO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS AFASTADAS – APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. I – O réu foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, aplicando-se a pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, sendo negado o direito de recorrer em liberdade, decretando-lhe a custódia cautelar, por ter sido flagrado transportando, em via pública, 153 (cento e cinquenta e três) pedras de crack, pesando 51,5g (cinquenta e um gramas e cinquenta centigramas) e 05 (cinco) unidades de buchas de maconha pesando 8,50g (oito gramas e cinquenta centigramas). II – Como se sabe, não há qualquer ilegalidade na busca pessoal realizada por policiais quando exista fundada suspeita acerca da prática delitiva como ocorreu na hipótese dos autos em que o acusado foi flagrado pela guarnição policial em frente a uma residência, em local conhecido como área de intenso tráfico de drogas e horário anormal (por volta das 4 horas da manhã), o que evidencia a presença de elementos objetivos que justificam a abordagem policial, tendo o réu declarado, ainda, que “quando viu a viatura” tentou retornar para “dentro de casa”, mas foi abordado pelos policiais que o apreenderam na posse de considerável quantidade de drogas, inexistindo qualquer ilegalidade em tal diligência realizada pelos agentes públicos. III – “[...] esta Corte Superior tem entendido pela legalidade da busca pessoal, na esteira do recente precedente do Supremo Tribunal Federal de que a atuação policial pode se pautar na fundada suspeita calcada na experiência profissional e em certos elementos concretos, em respeito à necessidade de se garantir o exercício profissional da Segurança Pública como um todo”. (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 905.183/SP, rel Ministro Messod Azulay Neto, DJe de 20/6/2024.) IV – A materialidade do delito encontra-se comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão e dos Laudos de Constatação Preliminar, todos constantes do ID nº 42366777, e Laudo Pericial Definitivo acostado ao ID nº 42366804, onde consta a apreensão do total de 153 (cento e cinquenta e três) Pedras de Crack, embaladas em plástico transparente, pesando 51,5g (cinquenta e um gramas e cinquenta centigramas) e 05 (cinco) trouxas, de Maconha, embaladas em plástico transparente, pesando 8,50g (oito gramas e cinquenta centigramas) cujos Laudos Periciais constatarem a presença de tetrahydrocannabinol (THC) e benzoilmetilecgonina (cocaína). V – Quanto à autoria, o próprio apelante reconheceu judicialmente que, de fato, foi apreendido em via pública

portando as mencionadas substâncias, que teria sido escondido por outra pessoa em uma barraca, e ele pegou a droga para consumir, mas afirmou “que foi preso no sábado e foi na sexta feira que encontrou a droga”, não havendo justificativa, portanto, para ainda estar portando tamanha quantidade de substâncias entorpecentes, no dia seguinte, após sair de sua casa, de madrugada. VI – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. (HC 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.10.96, p. 39.846). VII – O delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Não se exige, por conseguinte, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito. Destarte, ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que o réu foi flagrado possuindo e transportando substâncias entorpecentes, ações típicas igualmente descritas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, referente ao crime de tráfico de drogas. VIII – A destinação do tráfico restou evidenciada pelo local em que o réu foi apreendido, conhecido como área de intenso tráfico de entorpecentes, mas também pelo horário (4 horas da manhã), quantidade (153 pedras e 5 trouxas de maconha) e variedade (crack e maconha), conduzindo à certeza de que as drogas apreendidas tinham por finalidade a comercialização, até porque são circunstâncias incompatíveis com o mero uso pessoal. IX – O magistrado de primeiro grau afastou a aplicabilidade do tráfico privilegiado baseado exclusivamente na existência de ações penais em curso, cuja matéria já se encontra sedimentada em face de decisão emanada de Recurso Especial Repetitivo, que firmou a seguinte tese: “É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11343/06” (STJ, 3ª Seção, RE nº 1977027-PR, DJE 18/08/2022). X – Tendo em vista o efeito vinculante de tal decisão que conduz à aplicação da questionada minorante ao caso dos autos, não é demais ressaltar quanto ao percentual de redução da pena, que embora a jurisprudência do STJ tenha firmado entendimento no sentido de que as circunstâncias preponderantes insculpidas no art. 42 da Lei de Tóxicos, como quantidade e natureza das substâncias entorpecentes deveriam ser consideradas na primeira fase da dosimetria, atualmente o STJ flexibilizou tal entendimento, admitindo sua utilização para fixar o percentual de redução do tráfico privilegiado, na terceira fase, quando não considerada na aludida etapa inicial. XI – Assim, considerando que foi utilizado para majorar a pena na primeira fase da dosimetria apenas a quantidades das drogas, e tendo em vista a grande nocividade de uma das drogas apreendidas em poder do ora apelante, que é a cocaína em forma de pedra, bem como a sua variedade (maconha e crack), conclui-se que deve ser aplicado o aludido redutor no percentual de 1/4 (um quarto), devendo, conseqüentemente, ser reformada a pena no sentido de fixá-la em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, a ser cumprido no regime inicial semi-aberto e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença XII – O pedido de remessa dos autos para o Ministério Público “para oferta de Acordo de Não Persecução Penal”, não merece acolhimento, até porque o mencionado procedimento previsto em lei somente é cabível quando preenchidos os requisitos legais como forma de afastar a ação

penal, jamais em face de sentença condenatória “na hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/06”. XIII – Mantida a condenação no cumprimento de pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos, vê-se que não merece acolhimento o pleito visando a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como o de sua substituição por restritiva de direitos, em face do que dispõem os arts. 33, § 2º, b e 44, I, ambos do Código Penal Brasileiro. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. AP. 8000846-07.2021.805.0105 – IPIAU. RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 8000846-07.2021.805.0105, da Comarca de Ipiau, sendo Apelante IAGO SANTOS ALVES e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em Rejeitar a preliminar e dar provimento parcial à Apelação, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, de de 2024. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000846-07.2021.8.05.0105 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: IAGO SANTOS ALVES Advogado (s): YABE LUCIANO SANTOS, KAIO SOUSA ABREU SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO I – O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou IAGO SANTOS ALVES, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da lei 11343/2006, narrando os seguintes fatos: [...] no dia 28 de agosto de 2021, por volta das 03h50min, no bairro Valdemar Sampaio, nesta Comarca, o denunciado trazia consigo drogas ilícitas, sem autorização. Narram os autos que, no dia supracitado, Policiais Militares realizavam ronda de rotina no bairro Valdemar Sampaio, oportunidade em que avistaram um indivíduo em atitude suspeita. Realizada a abordagem, os prepostos da Corporação Militar encontraram, na posse do ora denunciado, 153 (cento e cinquenta e três) pedras de crack, 05 (cinco) unidades de buchas de maconha e a quantia em espécie no valor de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais). No curso da abordagem, os agentes policiais localizaram, na frente de uma residência, uma quantidade de embalagens plásticas comumente utilizadas para embalagem de drogas. Em sede de interrogatório, o denunciado confessou a propriedade das substâncias ilícitas, aduzindo que eram destinadas ao consumo próprio. Laudo de Constatação das substâncias entorpecentes faz-se presente nos autos, dando positivo para cocaína. Encerrada a instrução criminal, o acusado foi condenado (ID nº 42366938), pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, aplicando-lhe a pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, sendo negado o direito de recorrer em liberdade, decretando-lhe a custódia cautelar. Inconformado, o réu interpôs a presente Apelação Criminal (ID nº 64020316) requerendo a concessão de assistência judiciária gratuita e, em seguida, suscita preliminar de nulidade do conjunto probatório, sob argumento de que a busca e apreensão pessoal realizada no acusado foi ilegal, ante a alegada ausência de “elementos objetivos e concretos, que evidenciassem fundada suspeita capaz de ensejar a atuação policial”. Assim, aduz que o

réu encontrava-se andando em via pública e os policiais “realizaram a revista pessoal deste exclusivamente em razão do acusado apresentar nervosismo”, o que, no seu entendimento, não constitui motivo concreto para a aludida abordagem. No mérito, sustenta a ausência de provas para a condenação, aduzindo que o réu, tanto na fase de investigações criminais quanto em Juízo, negou a versão dos fatos apresentada na denúncia, asseverando que “visualizou um terceiro guardando uma droga dentro de uma construção, esperou o homem sair, em seguida adentrou a construção e furtou a droga apreendida para o consumo pessoal”. Destaca que “os depoimentos dos policiais, como prova isolada e única produzida nestes autos não se prestam ao fim de comprovar a autoria do delito de tráfico de drogas”, não tendo o acusado sido flagrado “comercializando, expondo à venda, entregando, fornecendo drogas a consumo de terceiros”, nem foi surpreendido portando objetos que denotem traficância, devendo ser desclassificado o crime para o de uso próprio previsto no art. 28, caput, da Lei de drogas. Ademais, defende a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11343/06 em seu grau máximo, destacando que “ações penais em curso não podem ser utilizadas como argumento para negar a aplicação da causa de diminuição de pena”, além de apontar que “em razão da pena definitiva a ser aplicada”, o réu faz jus à fixação do regime inicial aberto e a conversão da pena em restritivas de direitos. Por fim, argui que “na hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06”, deve ser atribuída “vista ao ilustre representante do Ministério Público para oferta de Acordo de Não Persecução Penal”. Com efeito, prequestionando os arts. 157, do CPP; os arts 59 e 68 do CP, e o art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, requer o provimento do presente recurso nos termos acima especificados. Em contrarrazões (ID nº 64022921), o Ministério Público procurou refutar as alegações do Apelante, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau. Subindo os autos a esta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria de Justiça, através do Parecer constante do ID nº 65136888, da lavra da Dra. Cleusa Boyda Andrade, pelo improvimento do recurso. Examinados, lancei este relatório e o submeti ao Exmo. Desembargador Revisor. Conheço do recurso, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade. Defiro o pedido de Assistência Judiciária Gratuita Considerando a existência de preliminar, passo a analisá-la. PRELIMINAR II – A preliminar de nulidade processual envolvendo a alegada ilegalidade da busca pessoal realizada pelos policiais que prenderam o réu IAGO SANTOS ALVES, ora apelante, em Flagrante Delito, não merece acolhimento. Assim, colhe-se do depoimento judicial dos agentes públicos, transcritos na sentença condenatória que: [...] estava de serviço pela CIPE central sob o comando do tenente Tauan, em companhia do colega Joneton; Que quando diligenciamos em ronda, acabamos abordando o acusado e encontrando uma certa quantidade de entorpecentes e dinheiro; Que seu sogro Edvaldo saiu na frente da residência, identificamos ele e procedemos também com a abordagem nele encontrando uma certa quantidade em dinheiro e também uma munição, sendo assim nós o apresentamos e foi lavrado o flagrante; Que o local onde os acusados moram, é um local de intensa movimentação de drogas, o bairro Valdemar Sampaio, próximo ao sítio do pica-pau, então geralmente no horário abordado eles seguem com a prática de tráfico de entorpecentes durante toda a madrugada, bem como o imóvel onde ele estava é um imóvel da família, mas bastante conhecido pela questão do tráfico por parte da família da sogra dele que é bastante conhecida e após casar-se com a filha dela passou a atuar no mundo do crime de tráfico de

entorpecentes; Que foram encontradas mais de 150 pedras de crack e cocaína fracionadas e uma quantidade de maconha que não me recordo a quantidade e uma quantidade em dinheiro; Que a região é dominada pela facção tudo 3 a que o acusado faz parte e facção da família de sua esposa, sua sogra faz parte; Que o acusado não resistiu à abordagem; Que o acusado usou os argumentos de sempre, que a droga era pra consumo próprio, para seu uso; Que não se recorda quem teria encontrado o acusado na porta de casa porque trafegam dentro da viatura e em algum momento alguém sinaliza, então não se recorda quem teria analisado a suspeita; Que não se recorda em que posição estava na viatura porque tem variações e mudanças, mas acredita que era o motorista. (depoimento judicial do SD PM FÁBIO LIMA NERY) Que a gente fazia uma ronda quando a gente abordou o indivíduo e a gente encontrou uma quantidade de crack, maconha e um valor em dinheiro; Que Iago estava saindo de uma residência no momento da abordagem; Que ao sair da casa Iago demonstrou um nervosismo ao ver a viatura e então procedemos a abordagem; Que a abordagem ocorreu por volta das 04h00min, não recordo o horário exato; Que não conhece muito bem a cidade de Ipiáú porque faz a segurança também de 55 cidades; Que as drogas encontradas foram crack e maconha, não recordando a quantidade, mas era maior que 100 pedras de crack, também não recorda o valor em dinheiro que foi encontrado; Que não recorda quem foi o policial que realizou a abordagem; Que chegou outro indivíduo perguntando o que estava acontecendo e a gente também abordou e ele estava com uma munição cal. 32 no bolso e a gente acabou levando junto; Que não tem conhecimento se o acusado pertence à facção criminosa e se a região possui alguma facção predominante; Que estava atrás, mas não se recorda em qual posição estava porque é por questão de antiguidade; Que a ordem de abordagem surgiu se não se engana do tenente Tauan que estava na frente. (depoimento judicial do SD PM JONETON CORREIRA SERTÃO) O ora apelante, asseverou em Juízo que: [...] estava vindo da feira e quando viu um rapaz guardando a droga, e estava no vício de fumar e pegou essas drogas para fumar porque estava sendo usuário há muito tempo; Que viu um rapaz guardando em uma barraca da feira e quando ele saiu foi lá pegar e era uma porção de crack e nesse tempo estava fumando essa droga; Que a droga estava com uma pedra por cima, não estava totalmente enterrada; Que foi preso no sábado e foi na sexta feira que encontrou a droga; Que não ficou com medo porque nesse tempo usava muita droga e não estava ligando pra nada; Que informou em delegacia que teria encontrado essa droga; Que informou também sobre isso no dia da prisão aos policiais; Que só tinha essas drogas no local onde encontrou; Que trabalhava como ajudante de pedreiro e o valor encontrado era do seu trabalho pois tinha recebido um dia antes, na sexta feira; Que tinha recebido 500,00 reais e então gastou 50,00; Que esse dinheiro ia comprar os mantimentos do seu filho que possui 3 anos e o que sobrasse iria guardar; Que no momento da prisão estava em casa, na casa da minha ex-sogra; Que estava na frente de casa; Que não correu quando viu a viatura, só foi entrar dentro de casa normal; Que usa somente o crack; Que não tinha maconha comigo, tinha apenas crack."(interrogatório judicial do réu IAGO SANTOS ALVES, transcrito na sentença) Como se sabe, não há qualquer ilegalidade na busca pessoal realizada por policiais quando exista fundada suspeita acerca da prática delitiva como ocorreu na hipótese dos autos em que, conforme depoimentos acima transcritos, o acusado foi flagrado pela guarnição policial em frente a uma residência, em local conhecido como área de intenso tráfico de drogas e horário anormal (por volta das 4 horas da manhã), o que evidencia a presença de elementos objetivos que justificam a abordagem

policial, tendo o réu declarado, ainda, que “quando viu a viatura” tentou retornar para “dentro de casa”, mas foi abordado pelos policiais que o apreenderam na posse de considerável quantidade de drogas, inexistindo qualquer ilegalidade em tal diligência realizada pelos agentes públicos. Na mesma linha de raciocínio: [...] esta Corte Superior tem entendido pela legalidade da busca pessoal, na esteira do recente precedente do Supremo Tribunal Federal de que a atuação policial pode se pautar na fundada suspeita calcada na experiência profissional e em certos elementos concretos, em respeito à necessidade de se garantir o exercício profissional da Segurança Pública como um todo. (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC n. 905.183/SP, rel Ministro Messod Azulay Neto, DJe de 20/6/2024.) Nos termos do art. 240, § 2º do Código de Processo Penal, proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; e colher qualquer elemento de convicção. A teor do art. 244 do CPP, “[a] busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”. No caso, os policiais receberam denúncia anônima de que um indivíduo com as características do réu estaria traficando em via pública, tendo sido ele identificado em atitude suspeita, portando considerável volume no bolso, tratando-se de 45 porções de crack. Somente após essa apreensão, em frente à residência do réu, os policiais realizaram busca no interior do imóvel, onde foram encontradas mais 25 porções de entorpecentes (cocaína e maconha), balança de precisão, sacos plásticos e petrechos diretamente ligados ao tráfico de drogas. Diante desse contexto, não há falar em ausência de prova concreta que justificasse a entrada da polícia no domicílio privado. Precedentes. (STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp n. 2.462.137/AP, relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 25/4/2024.) Portanto, restou evidenciada que a apuração mediante busca pessoal foi correta, foi baseada em fundada suspeita, cuja confirmação da prática criminosa constitui-se mero exercício regular da atividade policial investigativa, e, portanto, não há de se cogitar da existência de qualquer nulidade, a qual, na verdade, em muitos casos, em face da efetiva existência do flagrante atribuindo alto grau de constatação acerca da materialidade delitiva e de sua autoria, somente interessa àqueles que vivem da atividade criminosa, em total inobservância ao bem comum e desrespeito à paz social. Destarte, afastada a nulidade da busca pessoal realizada pelo policial federal, rejeita-se a preliminar. MÉRITO II – Analisando o mérito, nota-se que o réu sustenta a ausência de provas para a condenação. Com efeito, vê-se que a materialidade do delito encontra-se comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão e dos Laudos de Constatação Preliminar, todos constantes do ID nº 42366777, e Laudo Pericial Definitivo acostado ao ID nº 42366804, onde consta a apreensão do total de m 153 (cento e cinquenta e três) Pedras de Crack, embaladas em plástico transparente, pesando 51,5g (cinquenta e um gramas e cinquenta centigramas) e 05 (cinco) trouxas, de Maconha,

embaladas em plástico transparente, pesando 8,50g (oito gramas e cinquenta centigramas) cujos Laudos Periciais constataram a presença de tetrahydrocannabinol (THC) e benzoilmetilecgonina (cocaína). Quanto à autoria, o próprio apelante reconheceu judicialmente que, de fato, foi apreendido em via pública portando as mencionadas substâncias, que teria sido escondido por outra pessoa em uma barraca, e ele pegou a droga para consumir, mas afirmou “que foi preso no sábado e foi na sexta feira que encontrou a droga”, não havendo justificativa, portanto, para ainda estar portando tamanha quantidade de substâncias entorpecentes, no dia seguinte, após sair de sua casa, de madrugada. Como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Não se exige, por conseguinte, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito. Ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que o réu foi flagrado possuindo e transportando substâncias entorpecentes, ações típicas igualmente descritas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, referente ao crime de tráfico de drogas. Além disso, a destinação do tráfico restou evidenciada pelo local em que o réu foi apreendido, conhecido como área de intenso tráfico de entorpecentes, mas também pelo horário (4 horas da manhã), quantidade (153 pedras e 5 trouxas de maconha) e variedade (crack e maconha), conduzindo à certeza de que as drogas apreendidas tinham por finalidade a comercialização, até porque são circunstâncias incompatíveis com o mero uso pessoal. Outrossim, não é demais ressaltar que mesmo na hipótese de o apelante também ser usuário de drogas, tal fato não afasta a prática do tráfico acima descrita exercidas de forma concomitantes. É importante assinalar que não há impedimento legal ao testemunho de policiais. Na hipótese em comento, os depoimentos dos Agentes demonstraram-se verossímeis. A jurisprudência, de maneira uníssona, entende que o convencimento do juiz pode ter como base depoimentos de policiais e que somente prova estreme de dúvida, em sentido contrário, poderia desacreditá-los, o que não é caso dos autos. O Supremo Tribunal Federal, tratando do tema, consagrou o seguinte entendimento: O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. (STF, HC 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.10.96, p. 39.846). Na mesma linha tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça: O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (STJ, 6ª Turma, HC 165561/AM, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15.02.2016). Este Tribunal de Justiça não discrepa deste entendimento: APELAÇÃO CRIME – ART. 157, § 2º, I, II e V, CP – DENÚNCIA – RECEBIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DESPACHO EXPLÍCITO – MANDADO DE CITAÇÃO CUMPRIDO E INTERROGATÓRIO REALIZADO – AUSÊNCIA DE NULIDADE –

VALIDADE DO TESTEMUNHO DE POLICIAIS – INDÍCIOS SUFICIENTES E POSSÍVEIS À CONDENÇÃO – APELO IMPROVIDO [...] III – O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela sua condição funcional; suas declarações devem ser consideradas como as de qualquer testemunha, especialmente se não contraditadas, e não invocada suspeição posterior, sem apresentação de motivos suficientes. (TJ/BA, AP 37499-1/2005, Primeira Câmara Criminal, Relator: Des. Eserval Rocha. Julgado em 24.01.2006). Destarte, não restam dúvidas de que, ao contrário do que foi defendido no apelo, existem provas contundentes produzidas em juízo para a condenação pelo crime de tráfico de drogas com base no flagrante e no depoimento dos policiais, além da prova pericial. Por outro lado, no que se refere à dosimetria, vê-se que o recorrente, insurge-se quanto a ausência de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Destarte, colhe-se da sentença: [...] Nesta toada, vislumbra-se também que o acusado se dedicava a atividades criminosas, portanto impossível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de drogas. Isto porque, em consulta ao PJE, verifica-se que o acusado figura no pólo passivo em processo de igual teor de acusação nos autos 8006032-74.2022.8.05.0105, já contando com uma condenação em grau de recurso, demonstrando seu envolvimento de forma reiterada em atos delitivos. Nesse sentido vejamos: EMENTA: APELAÇÃO. SENTENÇA QUE CONDENOU A APELANTE POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT" DA LEI Nº 11.343/06) RECURSO DEFENSIVO COM PLEITO ABSOLUTÓRIO E, SUBSIDIARIAMENTE, DE REDIMENSIONAMENTO DE PENA COM A INCIDÊNCIA DA MINORANTE ESTIPULADA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. (...) IV – Ainda sobre a condenação por tráfico de drogas, a magistrada a quo deixou de aplicar a minorante estipulada no art. 33, § 4º, da Lei Nº 11.343/2006: "deixo de aplicar a causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, em relação à acusada, pleiteada pela defesa às fls. 130/142, uma vez que restou comprovado nos autos que a ré dedica-se a atividades criminosas, consoante prova certidão do Sistema SAJ, 1º grau, acostada à fl. 143, através da quais verifica-se a existência de 01 (uma) ação penal tramitando neste Juízo criminal, na qual a Denunciada está sendo acusado também pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive a própria Denunciada confirma, em seu interrogatório extra judicial (fl. 12), que já foi presa pelo delito de tráfico ilícito de drogas, como também em razão dos depoimentos judiciais acima transcritos (fls. 117/118), segundo os quais a região em que a ré foi presa é conhecida por funcionar como boca de fumo' e que a Ré confessou toda a prática delitiva descrita na Denúncia e confirmou que já havia sido preso pelo tráfico de drogas na cidade de Valença-BA, assim como pela forma de acondicionamento, e pelas circunstâncias da prisão". V – Cediço que o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, estipula causa de diminuição de pena condicionada aos requisitos de que o agente "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Ainda que se considere as recentes Decisões do STJ e do STF sobre a possibilidade de se aplicar o redutor do tráfico privilegiado, há de se examinar caso a caso, até porque a "dedicação à atividade criminosa" é uma avaliação subjetiva que compete ao julgador fazer à luz do caso concreto, não podendo se aplicar o tráfico privilegiado indistintamente. Nessa vereda, no caso sub-examine, denota-se da análise dos autos que a Apelante responde a outra ação penal no mesmo Juízo de origem prolator da sentença ora recorrida (Ação Penal nº 0500296-20.2017.8.05.0271). É entendimento consolidado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, em



meio à análise dos requisitos subjetivos para a concessão do referido benefício, é" possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas ". (...) (Classe: Apelação, Número do Processo: 0500012-07.2020.8.05.0271, Relator (a): PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, Publicado em: 10/11/2021). Caracterizado está, portanto, o crime em seu aspecto formal, como fato típico, ilícito e culpável, impondo-se a aplicação de pena como consequência lógica da conduta praticada pelo acusado. Assim, diante das provas colhidas, a conduta dos acusados encontra adequação perfeita ao tipo penal descrito: no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. [...] A Culpabilidade deve ser considerada normal a espécie. O réu possui uma condenação penal, mas a mesma não transitou em julgado e não pode ser considerada como Maus antecedentes. Não foram colhidas informações acerca da conduta social do acusado. Possui personalidade de pessoa comum, denotando ter plena capacidade de discernimento. Os Motivos de agir do agente se apresentam de forma injustificável, mas não merece valoração. Nada a valorar em relação às Circunstâncias. As Consequências não extrapolam aquelas próprias da conduta típica. Não há que se falar no comportamento da vítima. A quantidade da droga encontrada merece valoração negativa. Por fim, não existem elementos para se aferir a situação econômica do Réu. Fixo, ante tais circunstâncias, a pena base privativa de liberdade, em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Ausentes atenuantes e agravantes. Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Em vista do quanto disposto pelo artigo 33, parágrafo 2º, b, do Código Penal, o Réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade anteriormente dosada em regime SEMIABERTO. No que concerne à pena de multa, deve ser observado o critério bifásico. O número de dias-multa deve ser fixado de acordo com o artigo 59 do Código Penal e o valor unitário há que guardar conformidade com as possibilidades de desembolso do réu. Assim sendo e observadas às circunstâncias judiciais já analisadas na fase anterior, fixo a pena pecuniária em 500 (quinhentos) dias-multa. Tendo em vista a inexistência de informações acerca da condição financeira do acusado, fixo cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. A pena de multa será corrigida monetariamente, atendendo ao disposto no artigo 49, § 2º, do Código Penal, e recolhida ao Fundo Penitenciário e/ou Fundo Nacional Antidrogas na forma e prazo estabelecidos no artigo 50 do mesmo diploma legal. Em atenção ao disposto no art. 387, § 2º do CPP, deixo de aplicar a detração, pois não influenciará na fixação do regime inicial de cumprimento, considerando o tempo de prisão provisória e o quantum da pena aplicada. Indefiro ao acusado o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que o acusado foi recentemente condenado em ação penal por este Juízo, verificando que a prisão é necessária para resguardar a ordem pública diante do perigo gerado pelo estado de liberdade dele. Sendo assim, decreto a prisão preventiva de IAGO SANTOS ALVES, como forma de garantir a ordem pública, conforme fundamentação acima, no termos do art. 312 do CPP. Portanto, analisando a dosimetria da pena, constata-se que o magistrado de primeiro grau afastou a aplicabilidade do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, baseado exclusivamente na existência de ações penais em curso, cuja matéria já se encontra sedimentada em face de decisão emanada de Recurso Especial Repetitivo, que firmou a seguinte tese: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE

INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11343/06 (STJ, 3ª Seção, RE nº 1977027-PR, DJE 18/08/2022). Destarte, tendo em vista o efeito vinculante de tal decisão que conduz à aplicação da questionada minorante ao caso dos autos. Quanto ao percentual de redução da pena, não é demais ressaltar que, embora a jurisprudência do STJ tenha firmado entendimento no sentido de que as circunstâncias preponderantes insculpidas no art. 42 da Lei de Tóxicos, como quantidade e natureza das substâncias entorpecentes deveriam ser consideradas na primeira fase da dosimetria, atualmente o STJ flexibilizou tal entendimento, admitindo sua utilização para fixar o percentual de redução do tráfico privilegiado, na terceira fase, quando não considerada na aludida etapa inicial. Na mesma linha de raciocínio: Ainda, acerca do tema, Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022). No caso, as instâncias de origem justificaram o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tão somente na menção à própria traficância em si. Assim, na hipótese, não foram trazidos elementos concretos que indicassem que o paciente (ora agravado) efetivamente se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa. Agravo regimental ministerial desprovido. (AgRg no REsp n. 2.030.352/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.) No julgamento do HC n. 725.534/SP (DJe de 1/6/2022), pela Terceira Seção do STJ, a tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534, Terceira Seção do STJ)"(AgRg no HC n. 704.275/PA, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022). Tendo a circunstância referente à quantidade de droga apreendida sido valorada na primeira fase de dosimetria pelo Tribunal de origem, não deve, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, ser considerada na terceira fase de dosimetria para modular a minorante do tráfico privilegiado, para não se incorrer em indevido bis in idem, motivo pelo qual tem incidência a Súmula n. 83/STJ. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp n. 2.018.370/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 27/3/2023.) A Terceira Seção desta eg. Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são

circunstâncias que permitem aferir o grau de envolvimento do (a) acusado (a) com a criminalidade organizada, ou de sua dedicação às atividades delituosas. Ademais, foi preservado o entendimento de que a quantidade de entorpecente pode ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal ou, alternativamente, ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, sob pena de bis in idem. In casu, verifico que foi indevidamente afastada a aplicação da minorante em patamar máximo pelo eg. Tribunal de origem, porquanto o vetor quantidade dos entorpecentes foi utilizado para amparar, simultaneamente, o incremento da pena-base e o afastamento do tráfico privilegiado, o que configura indevido bis in idem. De fato, esta Corte Superior, em casos tais, já decidiu que "a quantidade de drogas apreendidas – aproximadamente 29kg (vinte e nove quilos) de maconha e 1kg (um quilo) de cocaína – foi valorada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a aplicação da minorante do tráfico dito privilegiado, sendo o único fundamento válido apontado em ambas as etapas da dosimetria, o que não se admite por implicar o indevido bis in idem, conforme remansosa jurisprudência "(AgRg no REsp n. 1.927.545/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 30/06/2021, grifei). Conforme a jurisprudência desta Corte, "o fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode – como numa relação, pura e simples, de causa e efeito – levar à conclusão de que seria integrante de organização criminosa e, como tal, não merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos"(REsp n. 1.365.002/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 11/09/2017). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.977.529/MS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/3/2023.) A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial. Todavia, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. No caso, embora a quantidade de droga apreendida não justifique a incidência da minorante do tráfico privilegiado na sua fração mínima, como aplicada pelas instâncias ordinárias, é possível a sua modulação em 1/2 (um meio), conforme já decidiu esta Corte em casos similares. Agravos regimentais providos a fim de reconhecer a licitude das provas obtidas mediante o ingresso em domicílio, bem como todas as que delas derivaram. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para aplicar a minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/2 (um meio), redimensionando-se as penas impostas, com extensão da medida ao Corréu, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal. (AgRg no HC n. 742.250/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 3/4/2023.) Assim, tendo sido utilizado para majorar a pena na primeira fase da dosimetria apenas a quantidades das drogas, e tendo em vista a grande nocividade de uma das drogas apreendidas em poder do ora apelante, que é a cocaína em forma de pedra,

bem como a sua variedade (maconha e crack), conclui-se que deve ser aplicado o aludido redutor no percentual de 1/4 (um quarto), devendo, consequentemente, ser reformada a pena no sentido de fixá-la em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, a ser cumprido no regime inicial semi-aberto e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa. Quanto ao pleito de remessa dos autos para o Ministério Público “para oferta de Acordo de Não Persecução Penal”, observa-se que tal pedido não merece acolhimento, até porque o mencionado procedimento previsto em lei somente é cabível quando preenchidos os requisitos legais como forma de afastar a ação penal, jamais em face de sentença condenatória “na hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/06”. Por fim, mantida a condenação no cumprimento de pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos, vê-se que não merece acolhimento o pleito visando a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como o de sua substituição por restritiva de direitos, em face do que dispõem os arts. 33, § 2º, b e 44, I, ambos do Código Penal Brasileiro. Com efeito, verifica-se que a sentença recorrida merece reforma apenas parcial, no sentido de reduzir, a condenação do acusado para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença. não vislumbrando, por outro lado, qualquer ofensa aos arts. 157, do CPP; os arts 59 e 68 do CP, e o art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, ora prequestionados. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, rejeitada a preliminar, dou provimento parcial a presente apelação. Sala das Sessões, de de 2024. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a)