

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700321-39.2021.8.05.0229

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: LEANDRO CONCEICAO DOS SANTOS

Advogado (s): JOSE ANTONIO DE AQUINO NETO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR INVASÃO DE DOMICÍLIO ILEGAL, COM APLICAÇÃO DA TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA E CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. O TRÁFICO DE ENTORPECENTES É CRIME PERMANENTE, SENDO LEGÍTIMA A ENTRADA DOS POLICIAIS, AINDA QUE SEM MANDADO JUDICIAL, PARA CESSAR A PRÁTICA DELITIVA, DESDE QUE HAJA FUNDADAS SUSPEITAS. MULHER QUE, QUANDO AVISTOU A GUARNIÇÃO POLICIAL CORREU E ADENTROU NA CASA DO RÉU. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RÉU ENCONTRADO NA POSSE DE 21 (VINTE E UMA) TROUXINHAS DE MACONHA E 12 (DOZE) PINOS DE COCAÍNA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE DE PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. INCABÍVEL. COMPROVADA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES EM CURSO, SEM TRÂNSITO EM JULGADO, NÃO OBSTAM A CONCESSÃO DO PRIVILÉGIO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CABÍVEL POR FORÇA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 59. PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO, UMA VEZ QUE O RÉU SE ENCONTRA SOLTÓ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NA EXTENSÃO CONHECIDA, PROVIDO PARCIALMENTE.

I – Consoante jurisprudência do STJ, o tráfico de drogas é crime permanente, estando em flagrante aquele que o pratica em sua propriedade, ainda que na modalidade guardar ou ter depósito (RHC n. 141.544/PR,

relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.)".

II – Não havendo ilegalidade na prisão em flagrante, por ser o delito do tipo permanente, não subsistem motivos para ensejar a nulidade do processo e muito menos para a incidência da Teoria do Fruto da Árvore Envenenada ("Fruit of the poisonous tree").

III – Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, resta inviável a absolvição.

IV – A quantidade, a diversidade e a forma em que a droga foi apreendida, autorizam a concluir pela ocorrência do tráfico ilícito de entorpecente, não sendo possível, portanto, a absolvição ou a desclassificação.

V – Conforme jurisprudência dominante, a existência de ação penal em curso não é motivação idônea para embasar o afastamento do privilégio.

VI – Uma vez aplicado o tráfico privilegiado, premente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e imposição de regime aberto para cumprimento de pena.

VII – Pleito de recorrer em liberdade não conhecido ante a inexistência de restrição corpórea.

## ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700321-39.2021.8.05.0229 da Comarca de Santo Antônio de Jesus, sendo Apelante, LEANDRO CONCEIÇÃO DOS SANTOS e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE e, na extensão conhecida, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso manejado, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram o julgado.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade  
Salvador, 10 de Junho de 2024.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700321-39.2021.8.05.0229

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: LEANDRO CONCEICAO DOS SANTOS

Advogado (s): JOSE ANTONIO DE AQUINO NETO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado LEANDRO CONCEIÇÃO DOS SANTOS, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Santo Antônio de Jesus, que julgou procedente a denúncia para condená-lo pelo cometimento do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fixando-lhe a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, cumulada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime semiaberto, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade e isentando-lhe do pagamento das custas. Além disso, o Magistrado de primeiro grau efetivou a detração do Acusado, restando, ainda, para ser

cumprida a pena de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 09 (nove) dias de reclusão. (id. 53605953).

Segundo a denúncia:

(...) que no dia 26 de maio de 2021, por volta das 16h, na Rua G, Loteamento Salomão, nesta cidade, o denunciado foi preso em flagrante em poder de 21 (vinte e uma) trouxinhas da substância popularmente conhecida como “maconha” e 12 (doze) pinos da substância conhecida como “cocaína”, sem autorização e em desacordo com a regulamentação legal, destinadas à mercancia, além de 04 (quatro) cartuchos calibre 762 de festim, conforme demonstram o Auto de Exibição e Apreensão de fl. 05 e Laudo de Exame de Constatação Preliminar de fls.077/09 (...).

Encerrada a instrução, sobreveio sentença condenatória.

Irresignado, recorreu o Acusado (id. 56307136), pleiteando, preliminarmente, a nulidade do ingresso em residência pela autoridade policial, bem como a ilegalidade na abordagem policial sem fundada suspeita. No mérito, pugnou pela sua absolvição, por ausência de prova da autoria, ou, ainda, pela desclassificação da sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que o Apelante é usuário de drogas. Pelo princípio da eventualidade, requereu a redução da pena-base para o mínimo legal, a aplicação do tráfico privilegiado e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, pleiteou o direito de recorrer em liberdade.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público afirmou que o entendimento perfilhado no pronunciamento judicial recorrido se mostrou adequado, devendo ser mantido em sua totalidade. (id. 60415349).

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Antônio Carlos Oliveira Carvalho, apresentou opinativo no sentido de conhecimento e desprovimento do recurso, devendo ser garantido ao Apelante “que a prisão preventiva seja compatibilizada com o regime semiaberto para cumprimento de pena, estabelecido no comando sentencial”. (id. 60678747).

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Salvador/BA, 3 de junho de 2024.

Desa. Nágila Maria Sales Brito  
Relatora

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700321-39.2021.8.05.0229

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: LEANDRO CONCEICAO DOS SANTOS

Advogado (s): JOSE ANTONIO DE AQUINO NETO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO RECURSO.

Preliminarmente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais.

Do exame dos autos, percebe-se que o Acusado foi intimado no dia 23/12/2022 (id. 53606014). A apelação foi interposta na data de 20/11/2021 (id. 53605954).

Dessa forma, levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal, resulta evidente a tempestividade do recurso, o qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento.

II – PRELIMINAR DE NULIDADE DE INVASÃO DE DOMICÍLIO

Requeru a Defesa a nulidade do feito, com a consequente absolvição do

Acusado, sob a alegação de que a abordagem e busca pessoal realizada pelos Policiais teria se dado de forma ilícita.

No caso em comento, verifica-se que, na verdade, após fundadas suspeitas, os Policiais adentraram na residência do Acusado e lá efetivaram a revista do imóvel, resultando na apreensão de 21 (vinte e uma) trouxinhas de maconha com peso bruto 30,91g e 13 (treze) tubos de microcentrifugação de fundo cônico, transparentes graduados, com volume de 0,6 ml totalizando 8,42g, dando conta da traficância ilícita que este realizaria, não havendo que se falar em ilegalidade do ato.

No que tange à alegação de que a prova produzida durante a fase policial é ilegal, sob o argumento de que os Policiais adentraram na residência do Acusado, sem autorização, convém destacar que, em se tratando de flagrante em crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes infração penal de natureza permanente –, as buscas e apreensões domiciliares prescindem de autorização judicial, quando amparada em fundadas razões, podendo os agentes públicos adentrar o domicílio do investigado ou suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa, a qualquer hora do dia, mesmo em período noturno.

Dessa forma, sendo o tráfico de drogas delito de natureza permanente, assim compreendido aquele em que a consumação se protraí no tempo, e, no caso do tráfico de drogas, enquanto perdurar a prática de qualquer das condutas incriminadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, em razão da situação de flagrância.

Na hipótese dos autos, havia uma operação de rotina, quando uma mulher, ao avistar os Policiais, tentou fugir, entrando na casa do Acusado, o que gerou uma fundada suspeita que valida a prova obtida naquele contexto.

Soma-se a isso, ainda, a autorização de ingresso domiciliar concedida pelo Acusado. É o que se depreende do depoimento do IPC SÉRGIO RODRIGO ALVES DA SILVA, em Juízo (Pje mídias):

(...) que se recorda das diligências. Que conhece o réu BRIZOLLA por ser um velho conhecido da delegacia de polícia civil de santo antônio de Jesus pelo tráfico de drogas e por ser suspeito de homicídio, dentre outros crimes. Que havia pouco tempo saído do sistema penitenciário. Que havia suspeita de que o réu teria praticado homicídio contra traficantes rivais. Que tentaram localizá-lo, mas nunca o encontravam. Que então no referido dia receberam informações de que o réu estaria lá realizando traficância, portanto, decidiram montar campana. Que foram em vários policiais porque o local é um beco com várias saídas. Que ao montarem a campana perceberam a entrada de uma jovem em sua residência e o réu fazia a venda da droga. Que ao perceberem a presença dos policiais, trancaram-se na residência. Que os policiais se deslocaram até a porta da residência e o réu franqueou sua entrada e durante a revista foram encontradas drogas, como maconha e cocaína. Que também foram encontradas munições e roupa de empresa de prestação de serviços, como por exemplo, coelba e embasa. Que os indivíduos que estão cometendo crimes ultimamente fazem uso das referidas roupas para obterem maior êxito na investida criminosa. Que foi apreendido

todo esse material na residência de Brizola (...)"

Da mesma forma, o IPC ALTERMIR DOS SANTOS DIAS, em juízo (Pje mídias) confirmou que:

(...) após BRIZOLA, apelido do réu, saiu da cadeia vinham recebendo denúncias de que o mesmo 13ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL Centro Administrativo da Bahia, 5ª Avenida, nº. 750, sala 202, Salvador/BA CEP: 41.745-004. Tel: 3103 0297 7 teria voltado a traficar drogas no Loteamento Salomão, por isso duas equipes da Polícia Civil se deslocaram ao local. Que foram apreendidos entorpecentes na diligência, mas não se recorda se toda a droga foi apreendida dentro da casa do réu, pois foi o IPC MARIVAN quem apreendeu os entorpecentes. Que o depoente fez buscas em um terreno próximo à casa do réu, pois foi o depoente quem o havia prendido da última vez, ocasião em que foram apreendidas armas e muita droga. Que como da última vez as drogas foram apreendidas fora da casa do réu, o depoente fez buscas fora da casa mas não encontrou nada pessoalmente. Que, contudo, o IPC MARIVAN encontrou drogas na casa do réu, além de munições. Que havia uma moça com o réu, Gizele, que disse ter ido até a casa dele para comprar uma bucha de maconha para fazer uso. Que o tráfico de drogas na localidade do Loteamento Salomão é dominada por BRIZOLA, com quem em outra ocasião já tinham apreendido 1 kg de maconha, e a população está muito satisfeita desde a prisão do mesmo.

Os Policiais que participaram do flagrante foram unânimes ao afirmar que receberam a denúncia anônima de que havia uma pessoa traficando na região e, ao chegarem no local, avistaram o Acusado, que saiu correndo e entrou no apartamento.

Dessa forma, a tentativa de fuga do Acusado para dentro do apartamento fez surgir fundadas razões para que os Policiais suspeitassem que no imóvel havia uma circunstância de flagrante delito, uma das hipóteses que autoriza o ingresso da guarnição policial ao imóvel.

Sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, com esteio no tema 280 da repercussão geral, entendeu pela possibilidade de entrada dos policiais na residência do acusado, quando fundada em situação de flagrante delito, que, no caso, de drogas, se protraí no tempo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CRIME PERMANENTE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. PRESCINDIBILIDADE DE MANDADO JUDICIAL: INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO DECIDIDO NO TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGADA INVASÃO DE DOMICÍLIO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ANTEREDENTES. REEXAME DE PROVAS: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC 229799 AgR, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-08-2023 PUBLIC 24-08-2023).

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendido que o ingresso no domicílio sem mandado judicial pode se dar, desde que as circunstâncias que antecederam o ato, justifiquem a medida, senão veja-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PRESENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. REVERSÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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/R0, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 8/10/2010).
2. Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em 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.
3. 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. O crime de tráfico de drogas atribuído ao ora agravante possui natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial.
4. No caso, o ingresso no domicílio decorreu do fato de os policiais militares terem visualizado o agravante tentando fugir, dispensando uma sacola contendo porções de maconha, crack e cocaína, lançando-a sobre o telhado de uma casa vizinha. Em seguida, ao realizarem buscas na residência, localizaram duas balanças de precisão e várias "bitucas" de cigarros de maconha, no quarto; uma pistola Taurus PT58S, calibre.380, na laje do imóvel, além de uma grande porção de crack, no quintal da casa, bem como outras porções de crack e de maconha, no forro do imóvel, com o auxílio de um cão farejador.
5. Diante de tais elementos, não há se falar em nulidade da entrada na residência, visto que amparada em circunstâncias concretas que sinalizavam a ocorrência de flagrante-delito em seu interior, de modo que a reversão das premissas fáticas do acórdão encontra óbice na Súmula 7 do STJ.
6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.305.724/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 26/9/2023.).

Assim, rejeito a preliminar aventada.

III – DO MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO.

O Ministério Público denunciou o Acusado pelo cometimento do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, por ter sido flagrado, no dia 26/05/2021, por volta das 16h, em via pública, em Santo Antônio de Jesus/BA, na posse de e 21 (vinte e uma) trouxinhas da substância popularmente conhecida como "maconha" e 12 (doze) pinos da substância conhecida como "cocaína", sem autorização e em desacordo com a



regulamentação legal, destinadas à mercancia, além de 04 (quatro) cartuchos calibre 762 de festim.

Os elementos fático-probatórios trazidos para o processo favorecem a manutenção do comando sentencial.

A douta autoridade sentenciante, com acerto, reconheceu que o Acusado perpetrou o delito de tráfico de drogas, art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, devendo arcar com as consequências do seu comportamento ilícito.

Ab initio, compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que o decisio obliterado encontra respaldo no arcabouço probatório colacionado, mostrando-se, portanto, harmônico com o ordenamento jurídico pátrio.

Em relação à materialidade e a autoria delitivas, encontram-se fartamente positivadas por meio do Auto de Exibição e Apreensão (id. 53604860, fls. 05), Laudo de Exame Pericial (id. 53604860, fl. 07-09) e Laudo de Exame Definitivo (id. 53605950), que detectaram, na amostra examinada, a benzoilmetilecgonina princípio ativo presente na “cocaína” e a tetrahydrocannabinol, substâncias de caráter alucinógeno constantes, respectivamente, nas Lista F-1 e F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

Ora, no comércio de entorpecentes, a negativa incondicional da autoria é regra entre os traficantes, não prejudicando o convencimento do Magistrado, se as demais circunstâncias indicarem a necessidade da condenação.

É que a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente.

No presente caso, o Apelante foi preso em circunstâncias que permitem concluir que traficava substâncias entorpecentes.

O IPC ALTEMIR DOS SANTOS DIAS, em Juízo, afirma que:

(...) que a motivação da diligência foi uma denúncia de que o réu teria saído da cadeia e voltado a traficar. Que tinha uma moça branquinha, cheia de tatuagem junto com o acusado, que teria dito que foi até o local para buscar uma bucha de maconha para fumar. Que não sabe informar se toda a droga foi encontrada dentro da residência. Que tinha ido olhar o terreno no fundo do quintal onde o réu mora, porque em outra ocasião tinha encontrado entorpecentes no mesmo local. Que não se recorda exatamente se toda a droga foi encontrada dentro da casa. Que além da droga encontraram munições. Que o réu ao ser encontrado disse que a droga não era dele (...). (id. 53605949, PJe Mídias).

As testemunhas apresentadas pela Defesa, (id. 53605949), por sua vez, foram dispensadas, conforme aduziu o Patrono do Acusado, porque não teriam

presenciado os fatos.

O Apelante tanto na fase do inquérito (id. 53604860, fls. 13/14), quanto, em Juízo (id. 53605949), negou a prática da traficância, afirmando que estava na casa, junto com uma mulher, consumindo drogas, quando os Policiais chegaram e o levaram preso.

Importa salientar que o interrogatório é uma exteriorização da versão pessoal do Acusado quanto aos fatos, podendo ele recorrer ao silêncio e inclusive à mentira, sem que isso lhe acarrete qualquer gravame, pois é consabido que não tem o dever ou obrigação de fornecer elementos de prova, tampouco de ajudar na descoberta da verdade, sendo, portanto, o interrogatório mais um momento de defesa do que de produção de prova.

Nesse diapasão, a versão apresentada pelo Apelante não tem amparo nas provas produzidas nos autos, ao contrário, encontra-se em total divergência com todo o supramencionado conjunto de provas coletadas, que demonstram à saciedade que o Acusado foi flagrado na posse de cocaína e maconha embaladas para venda.

Noutro ponto, no que diz respeito à alegação de que o Acusado era usuário e que a droga encontrada com ele era para consumo, também não encontra guarida nos autos.

Ora, a condição de usuário não afasta a possibilidade de ser ele também traficante, ao revés, muitas vezes, as duas condições (usuário e traficante) coexistem em uma mesma pessoa, sendo o comércio de drogas um meio para o sustento do vício.

Assim, não restam dúvidas, no caso em tela, de que a droga pertencia ao Apelante, e levando em consideração as circunstâncias em que tudo ocorreu, bem como a quantidade e a forma em que estava acondicionada, não se pode afirmar que o entorpecente seria utilizado para uso.

A análise da prova testemunhal produzida, em consonância com todas as demais provas, corrobora todos os argumentos acima apresentados acerca da inexistência de dúvida quanto à autoria do delito. Embora tal prova corresponda também ao depoimento dos policiais que realizaram as diligências, esta serve, perfeitamente, como elemento de convicção.

Os policiais, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Se fizerem afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, o Juiz instrutor, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o Falso Testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para exercerem função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório.

O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PARA A CONDENAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DELITIVA. ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO ENVOLVE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. MAJORANTE. RECONHECIMENTO. IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA MERCANCIA. PRECEDENTES. REDUTORA. NÃO APLICABILIDADE. ANIMUS ASSOCIATIVO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O TJSP condenou o recorrente pelo delito de associação para o tráfico com base nos elementos de provas colhidos nos autos. Houve prova judicial da prática delitiva, considerando os depoimentos dos policiais, restando consignado que o depoimento do recorrente em juízo ficou isolado nos autos e em desacordo com seu próprio depoimento na fase policial.

2. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

3. Para se chegar à conclusão diversa da que chegou o Tribunal a quo, e examinar todos os requisitos necessários para o reconhecimento do delito de associação para o tráfico, seria exigido o aprofundado revolvimento fático-probatório da matéria, providência incompatível com a Súmula n. 7/STJ.

4. O Tribunal de Justiça reconheceu a majorante mesmo em período de férias escolares, o que não contraria a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia da droga aos frequentadores dessas localidades. (AgRg no AREsp 1860725/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 2/3/2022).

5. No caso, com a condenação pelo delito de associação, não há como ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de animus associativo estável e permanente no narcotráfico, revelando, assim, a dedicação a atividades criminosas. (AgRg no HC 689.965/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/2/2022).

6. No que toca à ofensa ao artigo 70 do CP, o Tribunal de origem limitou-se a aplicar a regra do concurso material, sem adentrar à possibilidade do concurso formal. Ausência de prequestionamento e incidência da Súmula n. 211/STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1926887/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022). (Grifo nosso).

Considero, pois, que as provas produzidas são suficientes para manter a condenação do Apelante. Os fatos foram devidamente esclarecidos na instrução e, no caso em comento, não há nenhuma dúvida quanto à autoria do delito e quanto à finalidade de comercialização da droga. Ve-se que a quantidade, a diversidade e forma de acondicionamento das drogas encontradas com o Apelante, bem como pelo fato de ter sido flagrado no ato da venda, possuía o intuito claro de mercancia insculpido no art. 33, caput da Lei nº 11.343/06.

## V- DOSIMETRIA DA PENA

No tocante à dosimetria da reprimenda, a Defesa requereu a reforma da pena base com a condução ao seu mínimo legal. Ademais, pugnou pela aplicação do tráfico privilegiado, bem como a redução proporcional da multa.

Levando-se em consideração o modelo trifásico de atribuição da penalidade, passa-se ao exame pormenorizado da situação em apreço.

Primeira Fase: o Magistrado de 1º grau fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão, por inexistirem circunstâncias judiciais negativas, razão pela qual a mantenho.

Segunda Fase: inexistindo agravantes ou atenuantes, foi mantida a pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão.

Terceira Fase: o Juiz de primeiro grau deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob o seguinte fundamento:

(...) Doravante, passo a analisar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33 3, § 4º, da Lei n. 11.343 3/06.

Em consulta ao Sistema SAJ, noto que o réu se dedica às atividades criminosas e responde a outros processos de natureza criminal, o que impede a aplicação da causa de diminuição constante no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que estabelece que o agente seja primário, de bons antecedentes e, não se dedique às atividades criminosas.

Por tais razões, afasto a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, para o réu.

No entanto, conforme jurisprudência dominante, a existência de ação penal em curso não é motivação idônea para embasar o afastamento do privilégio.

Nesse sentido, colaciona-se entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO. HABEAS CORPUS. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PROCESSO EM ANDAMENTO. PARA AFASTAR O PRIVILÉGIO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior.

2. Quanto à exasperação da pena-base e à não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus.

3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável

atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

4. No presente caso, a quantidade do entorpecente apreendido (173, 45g de maconha) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.

5. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

6. Esta Quinta Turma, no julgamento do HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, em 21/9/2021, visando a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema, decidiu que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

Precedentes.

7. Na hipótese em análise, constata-se que a ação penal utilizada pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação do recorrente a atividades criminosas encontra-se em andamento, sem trânsito em julgado, o que impede o uso dessa ação para negar reconhecimento ao benefício do tráfico privilegiado, devendo esse ser aplicado.

8. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n.º 529.329/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). Precedentes.

9. No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida (173,45g de maconha), o que se mostra razoável e proporcional.

10. No que tange ao regime de cumprimento da pena, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário o recorrente e sem antecedentes, e considerada a quantidade total do entorpecente apreendido, o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito, sendo cabível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

11. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando a pena do acusado GUSTAVO GOMES PIRES para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 166 dias-multa, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, que serão fixadas pelo juízo

da execução, mantidos os demais termos da condenação, sem reflexo na pena final de MATHEUS DE ALMEIDA LIFONSO.

(AgRg no AREsp n. 2.123.312/G0, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 16/8/2022.). (Grifei).

Dessa forma, considerando não haver outras circunstâncias capazes de negar o mencionado privilégio, este deve ser aplicado.

Com relação ao quantum, sabe-se que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem servir para a modulação do tráfico privilegiado, desde que não considerada na primeira etapa do cálculo da pena.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DE 1/2 FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

II – A quantidade e a natureza das droga apreendidas podem servir para a modulação do tráfico privilegiado, desde que não considerada na primeira etapa do cálculo da pena.

III – No caso, houve fundamentação idônea em relação ao quantum do tráfico privilegiado, em razão da apreensão de 23 (vinte e três) comprimidos e uma porção de 2,8g (dois gramas e oito decigramas) de MDMA, 01 (um) fragmento de comprimido contendo MDA, 05 (cinco) porções de maconha, totalizando 38g (trinta e oito gramas), bem como a apreensão de balança de precisão com resquícios de cocaína, elementos aptos a justificar o patamar de 1/2 (um meio), nos termos do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta Corte Superior de Justiça. Rever essa constatação, para fazer incidir fração diversa, demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

(...)

Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no HC n. 625.552/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023.). (Grifei).

No caso concreto, considerando a pequena quantidade de droga, qual seja, 30,91g de maconha e 8,42g de cocaína, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), restando dosada em 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a qual torno definitiva, diante da ausência de outras causas de diminuição ou de aumento.

Pena de multa

Reduzo-a para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, para guardar a devida proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Detração

No caso em comento, o Magistrado de primeiro grau efetivou a Detração do

Acusado no montante de 05 (cinco) meses e 21 (vinte e um) dias (id. 53605953). Assim, levanto em conta a detração já efetivada, bem como a nova penalidade atribuída ao Apelante, resta o total de 01 (um) ano, 2 (dois) meses e 9 (nove) dias de reclusão da pena para ser cumprida.

#### Regime e Substituição da Pena

Modifico o regime para o aberto e substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo da Execução Penal, em razão da inteligência da Súmula Vinculante nº 59:

“É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.”

#### Recorrer em liberdade

Com relação ao pleito de recorrer em liberdade, não há que ser conhecido, uma vez que, consoante alvará de soltura adunado às fls. 03/04 do id. 53603002, o Réu encontra-se solto.

#### CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE a Apelação interposta e, na extensão conhecida, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de reduzir a pena do Apelante para 01 (um) ano, 2 (dois) meses e 9 (nove) dias de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, modificar o regime de cumprimento inicial para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do quanto dispõe o art. 44 do CP.

Salvador/BA, 3 de junho de 2024.

Desa. Nágila Maria Sales Brito  
Relatora