

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação nº 8003881–61.2021.8.05.0044 Origem do Processo: Vara Criminal de Candeias Apelante: Joselito de Jesus Alves Junior Advogado: Vitor Dias Uzeda Silva, OAB–BA 32.074 Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Mariana Meira Porto de Castro Procuradora de Justiça: Lícia Maria de Oliveira Relator: Des. Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE MACONHA (28,04g), CRACK (11,51g) E COCAÍNA (3,73G). NULIDADES ARGUIDAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. POSSÍVEL IRREGULARIDADE SOPESADA PELO MAGISTRADO DENTRE OUTROS ELEMENTOS DA INSTRUÇÃO. INVALIDAÇÃO DA BUSCA PESSOAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS. PRELIMINARES AFASTADAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE INQUESTIONÁVEIS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA. NÃO CONCEDIDO. VARIEDADE DA DROGA QUE EXASPEROU A PENA–BASE. PRETENSA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º LEI 11.343/2006) EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). CONCEDIDO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA QUE AFASTOU APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. PROCESSO EM ANDAMENTO E INCERTEZA ACERCA DA PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA DOIS ANOS E UM MÊS DE RECLUSÃO. REGIME MODIFICADO PARA ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO ACUSADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA COROLÁRIA DA CONDENAÇÃO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 8003881–61.2021.8.05.0044, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Setembro de 2022. RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Joselito de Jesus Alves Junior, inconformado com a decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Candeias, nos autos do processo nº. 8003881–61.2021.8.05.0044, que julgou procedente em parte a denúncia oferecida pelo Ministério Público, imputando-lhe o crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, condenando-o a 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses, 15 (quinze) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias–multa, em regime semiaberto. A fim de evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença, como segue: “[...] Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia em desfavor de JOSELITO DE JESUS ALVES JÚNIOR, pela prática do ato criminoso capitulado no artigo do 33, caput, da Lei nº 11.343/06. O acusado foi preso em flagrante na data de 07 de dezembro de 2021 (ID 166450749). Foi decretada a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública em audiência de custódia realizada em 09 de dezembro de 2021 (ID 167732045). Defesa preliminar ofertada em 24 de fevereiro de 2022 (ID 183450672) A Denúncia foi recebida em 07 de março de 2022 (ID 184806599). Apresentado laudo toxicológico definitivo (ID 206740280). Designada audiência de instrução e julgamento para o dia 12 de maio de 2022, esta não foi realizada em decorrência de impossibilidade de acesso à sala virtual pelo custodiado (ID 198667136). Redesignada, a audiência foi realizada no dia 14 de junho de 2022, foram ouvidas as testemunhas de acusação e realizado interrogatório do réu. Ao final, foram apresentadas alegações finais orais. O Ministério Público ofereceu

alegações finais, pugnando pela condenação na forma da denúncia. Asseverou que a materialidade está comprovada, consoante laudo de exame toxicológico definitivo, que confirmou aquele já apresentado quando da prisão em flagrante. A autoria também está demonstrada, conforme se depreende da prova testemunhal colhida em audiência. Destacou que, o fato de os policiais não recordarem os fatos com alto grau de detalhamento é normal, tendo em vista o número elevado de abordagens realizadas. A defesa técnica requereu, preliminarmente, a nulidade da prova em razão de a) invasão domiciliar – não houve chancela do proprietário para ingresso no imóvel (RHC 163399/STJ); b) quebra da cadeia de custódia. No mérito, alegou que a quantidade de droga não é expressiva e, portanto, não há indício de traficância; informou que a droga não estava consigo no momento da prisão. Alternativamente, requereu a aplicação da causa especial de diminuição de pena, sem considerar as ações penais em trâmite para o afastamento. Não foram requeridas outras diligências. [...]” (Id. 32168447). Na sentença, assim decidiu o Juiz de Direito: “[...] Ante o exposto, afasto as preliminares e, no mérito, julgo PROCEDENTE EM PARTE a pretensão punitiva do Estado, para condenar JOSELITO DE JESUS ALVES JÚNIOR como incurso nas penas dos artigos 33, caput, c/c § 4º, da Lei nº 11.343/06. [...]” (Id. 32168448 – Pág. 9). Inconformada, apela a defesa, tempestivamente, objetivando a reforma do decisum (Id. 32168452). Nas suas razões, requer a defesa: a) A declaração da ilicitude das provas colhidas diante da não apresentação da cadeia de custódia, invalidação da busca pessoal realizada e por invasão de domicílio; b) A absolvição do réu diante do in dubio pro reo e da falta de provas (art. 386, VI, CPP), pois o MP não conseguiu provar os fatos elencados na denúncia. c) Aplicação da pena no mínimo legal e da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º no seu máximo grau da lei de drogas. Em caso de negativa da aplicação da causa especial de diminuição, a aplicação de regime diverso do fechado. Bem como a não condenação na pena de multa, caso aplicável, diante da hipossuficiência financeira do réu; d) Caso advenha sentença condenatória, requer, por conseguinte, o direito do réu de apelar em Liberdade, em consonância com o art. 59 da lei de toxico e, em atenção e harmonia as leis e princípios pátrios; e) A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Por sua vez, em sede de contrarrazões pugna o Parquet pelo improvimento do recurso, mantendo-se a r. sentença em seus exatos termos (Id. 32168471). Emitiu parecer a douta Procuradora de Justiça, Belª. Lícia Maria de Oliveira, manifestando-se pelo conhecimento parcial e improvimento do recurso de apelação interposto (Id. 32972526). É o relatório. VOTO Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso e passa-se à análise dos seus objetos. DAS PRELIMINARES Requer preliminarmente, a defesa, declaração da ilicitude das provas colhidas diante da busca pessoal sem mandado judicial e violação domiciliar, bem como da não apresentação da cadeia de custódia. De antemão, afirmo não entender dessa forma. Quanto à alegada ilicitude na busca pessoal, não se desconhece que a medida probatória de busca pessoal sem mandado judicial, prevista nos arts. 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, exige demonstração de fundada suspeita de que a pessoa esteja de posse de objetos que constituam exame de corpo de delito. Com efeito, é sabido que na localidade em que o apelante foi abordado concentra-se a prática de tráfico de drogas. Logo, legítima é a abordagem policial realizada em local de intensa criminalidade, ainda mais quando é somado à fuga empreendida, tudo isso com vistas a reduzir o número de delitos ocorridos na região e, assim, salvaguardar a ordem pública. Outrossim, a Polícia

Militar atua como instrumento do Estado para realizar abordagens com fundadas suspeitas, assim perfeitamente possível a abordagem policial para averiguar tal circunstância. De mais a mais, tanto foi legítima a suspeita dos agentes que culminou na prisão em flagrante do acusado, em razão das drogas encontradas em seu poder, crime de natureza permanente. Assim, a prisão em flagrante delito excepciona a necessidade de mandado de busca e apreensão. Nesse contexto, a valoração do acervo probatório produzido nos autos, entende-se como legítima, tendo em vista o local e as condições em que o apelante foi abordado, não cabendo a alegação de ausência de "fundada suspeita". Em caso análogo decidiu o STJ: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA. CRIME PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DISPENSABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante delito da prática de crime previsto na Lei Antidrogas ou no Estatuto do Desarmamento, como ocorreu na hipótese em apreço, até porque referidos crimes possuem natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência. 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.595.838, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 14/01/2017). Ademais, no tocante a controvérsia sobre a legalidade da violação de domicílio em casos de flagrante delito, reconhecida como repercussão geral teve seu entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Nº 603.616, assim ementado: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori,

que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (Grifei). O referido julgado da Suprema Corte estabeleceu a possibilidade de busca e apreensão no domicílio sem mandado judicial, sendo, no entanto, necessário preservar a inviolabilidade domiciliar, protegendo-a contra ingerências arbitrárias. Por conta disso, realiza-se um controle judicial a posteriori, devendo os agentes estatais demonstrarem, que havia elementos mínimos de que no local estava ocorrendo um crime, caracterizando as fundadas razões (justa causa), que os legitimaram a entrar de forma forçada no domicílio. Não se considera como tal, a mera constatação de situação de flagrância posterior ao ingresso. Percebe-se, pois, no caso dos autos, que as fundadas razões ficaram demonstradas. Os policiais militares relataram que o acusado correu ao visualizar a presença da guarnição e, na perseguição, tentou esconder-se em uma laje, pulando um muro. Demonstrada a justa causa e fundadas razões para a atuação policial, ainda mais, que pelos depoimentos das testemunhas, não houve ingresso em qualquer residência, não há falar em nulidade do procedimento da prisão em flagrante do réu e, muito menos, em provas ilícitas. De mais a mais, não existe demonstração de que os policiais envolvidos na ocorrência tivessem o interesse de prejudicar o réu, portanto, deve ser mantida a prova acusatória a fim de que seja mantida a condenação do acusado, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça: "É entendimento já há muito pacificado neste Sodalício, de que são válidos os testemunhos de policiais, mormente quando não dissociados de outros elementos contidos nos autos aptos a ensejar a condenação. (AgRg no AREsp 482.641/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 08/10/2014)". Alega, ainda, a defesa, desrespeito da cadeia de custódia pela necessidade de preservação do material para a respectiva contraprova, em atendimento ao quanto previsto no art. 158-A a 158-F do CPP. Frisa, que na apreensão do material supostamente encontrado com o réu foram expedidas as guias sob nº 122474/2021 P para realização de perícia, gerando o laudo nº 2021 33 PC 003647-01. 02. Reforça que não insurge sobre a boa-fé ou má-fé dos agentes públicos, contudo, busca-se o cumprimento da lei por todos os participantes envolvidos no processo. Afirma que tal norma constitui uma sistematização de procedimentos que objetivam a preservação do valor probatório da prova pericial e sua autenticidade, de modo que sua inobservância torna a utilização da prova ilegítima. Assim sendo, em se tratando do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006, assevera, a necessidade de preservação do material para a respectiva contraprova que deveria ter sido, no mínimo, apresentado as respectivas informações pela central de custódia (art. 158-E CPP): "a) O envio da numeração dos lacres vinculados a esta prova, sub examine, com envio dos números antecedente e subsequente com a indicação da prova acondicionada e laudo realizado para verificação no Laboratório de Polícia Técnica – requerimento com base no art. 158-D, § 1º do CPP. b) Envio de cópia do controle de acesso aos vestígios delimitados que trata o art. 158-E, § 1, § 2, § 3 do CPP. c) No caso de não observância dos itens determinados na lei em virtude de inexistência de central de custódia ou guarda pela autoridade policial, requer, não foi demonstrado sequer, a

determinação da autoridade judiciária ou policial as condições do referido material em local diverso, com a cópia do requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal, com o determina o § único do Art. 158-F.” Pois bem! Denomina-se cadeia de custódia todo o conjunto de procedimentos, previstos nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, a serem adotados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado acerca de determinado delito. No caso em tela, não há que se falar em violação às etapas de apreensão e análise das drogas uma vez que, conforme já consignado, sua utilização fora amplamente comprovada por meio das demais provas materiais e testemunhais colacionadas ao feito, conforme apontado pelo juízo primevo. “No caso em exame, em que pese a ausência de lacres, não há indício de que as substâncias tenham sido enviadas dentro de embalagens inadequadas. Outrossim, a perícia definitiva confirmou resultado da apuração preliminar, não transparecendo prejuízo à defesa.” Ainda que restasse configurada a quebra da cadeia de custódia da prova, o entendimento da Corte Superior de Justiça tem convergido no sentido de que eventuais irregularidades da prova sejam sopesadas aos demais elementos probatórios constantes dos autos, não conduzindo necessariamente, à nulidade. “[...] 5. Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, ficou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a , quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais . No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas. (...) 7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido. (...) ( HC 653.515/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 01/02/2022) (Grifos nossos)[...]” Ademais, prevê o art. 563 do CPP, que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. DO MÉRITO No mérito, a defesa pleiteia absolvição do apelante invocando o princípio in dubio pro reo, além da ausência probatória, sob alegação do Parquet não ter conseguido provar os fatos elencados na denúncia. A materialidade do ilícito mostrou-se alicerçada no Inquérito policial nº 7399/2021, no auto de prisão em flagrante e auto de exibição e apreensão (Id. 166450749); nos laudos de constatação provisório (166450749 – fl. 27) e definitivo (Id. 206740280) que atestaram ser a substância apreendida 3,73g (três gramas e setenta e três centigramas) de pó branco (benzoilmetilecgonina – cocaína), acondicionada em 13 unidades de pinos plásticos; 11,51g (onze gramas e cinquenta e uma centigramas) de crack, distribuídas em 42 pedras e 28,04g (vinte e oito gramas e quatro centigramas) de tetrahydrocannabinol (maconha), distribuídas em 14 trouxinhas, todas de uso proscriuto no Brasil e relacionadas na lista F-1, da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Por sua vez, a autoria do delito de tráfico, restou comprovada pelas testemunhas arroladas que convencem, pelos seus testemunhos, este relator, acerca da ocorrência da traficância. Aproveito os depoimentos sumariados na sentença pois, condizentes e fidedignos com a gravação audiovisual no PJE Mídias. "Segundo do

depoimento da testemunha JANAINA, a guarnição da policial militar estava em ronda, quando o acusado, ao avistar a viatura, pulou um portão e tentou esconder-se em uma laje. Feita a abordagem, encontraram materiais que aparentavam ser cocaína e crack, não lembrando a quantidade. O material foi apreendido em posse do réu, que o guardava em uma pochete. Teria, na ocasião, admitido que estaria traficando. O réu estava sozinho quando fugiu. Respondeu ainda que o local da prisão em flagrante não era residência dele, mas um ponto de tráfico. Afirmou que o réu admitiu ter passagem policial anterior, mas não fez a pesquisa. Informou que o réu trabalha para "NATAN" e "MARAILTON". Por fim, asseverou que o acusado não resistiu à prisão. Em resposta às perguntas da defesa, afirmou que o réu estava no fundo de uma residência não habitada. Foi pedida autorização para transpassar a residência, mas não lembra se foi certificado o pedido de ingresso documentalmente. Não sabe dizer quem encontrou o réu. O que justificou a abordagem foi a fuga do réu do local, ao avistar a guarnição. Não sabe quem realizou a busca pessoal. A testemunha MAICON, por sua vez, afirmou que não teria muita recordação dos fatos, em razão do tempo e do número de flagrantes já realizados no período. Lembra que o réu estava com a droga escondida dentre de uma pochete. Não lembra o tipo de droga. Não conhecia Joselito. Não sabe dizer se tem passagem policial. Segundo comentários na delegacia, contudo, soube que ele trabalhava para "NATAN". Não resistiu à prisão e estava sozinho. Quanto à motivação da abordagem, disse que se deu em razão da localidade, notoriamente conhecida como ponto de tráfico de drogas. Que, durante a fuga, tentou se esconder entre as casas. Em resposta a perguntas da defesa, asseverou que atuava como motorista da guarnição. Disse que o réu foi preso na rua, não em área interna de domicílio. Não lembra quem realizou a busca pessoal. A testemunha CABO Josemar, por sua vez, afirmou que recorda dos fatos. Disse que, ao realizar rondas, costuma passar pela área, pois sabe ser notório ponto de tráfico. Recorda que o acusado pulou o muro para tentar fugir. Perseguido, foi alcançado em uma laje, próximo a uma caixa d'água. Não lembra qual substância foi apreendida, mas que a quantidade era razoável. Sabe que o réu já havia sido preso antes por outra guarnição. Afirmou que o réu trabalha para "NATAN", chefe do tráfico na região. Em resposta à defesa, asseverou que o réu correu ao avistar a guarnição, fugiu, pulando um muro. A guarnição desembarcou e perseguiu na mesma direção, encontrando o acusado em uma laje. Disse que não era uma residência, mas um corredor. Ao sair, pediram autorização ao proprietário, para acesso à rua. Não foi certificado documentalmente com o morador. A laje não pertencia à residência. Com relação à busca pessoal, o fato determinante foi a fuga e a localidade, conhecida por ser notoriamente utilizada pelo tráfico para comercialização de drogas. Quem alcançou foi o depoente, na sequência a SD Janaína, sendo, por ele, realizada a busca. [...] (Id. 32168447, destaques realizados) O entendimento jurisprudencial é no sentido de que os depoimentos dos policiais militares prestados em juízo merecem credibilidade, principalmente quando corroborados por outros elementos de prova. Comprovado nos autos que o acusado incorreu em uma das condutas do artigo 33, da Lei 11.343 /06 e, por ser evidente a destinação mercantil da droga apreendida, incabível o acolhimento do pleito absolutório, sendo imperiosa a manutenção da condenação firmada em primeira instância. DOSIMETRIA DA PENA É pleito da Defesa a necessidade de adequação da sentença condenatória – mínimo legal pela inexistência de motivos para exasperação da pena basilar e, ainda, pela aplicação do grau máximo da causa de redução do art. 33, § 4º da Lei de drogas. Tal pedido merece

prosperar, em parte. Assim decidiu o Magistrado primevo acerca da dosimetria da pena: “[...] Na primeira fase da dosimetria, as circunstâncias judiciais são graves. A quantidade de droga não é elevada, sendo normal à espécie. A natureza da droga merece especial reprimenda. O réu trazia consigo, para venda, maconha, crack e cocaína. Assim, além da pluralidade de substâncias, duas delas (crack e cocaína) são notoriamente conhecidas por seu potencial lesivo, seja com relação à dependência, seja quanto aos danos efetivos à saúde do usuário. A culpabilidade é normal à espécie. O réu não possui antecedentes. Destaque-se que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, consoante posição já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 444/STJ). Os elementos colacionados aos autos não se mostram suficientes para valoração da personalidade e da conduta social do agente. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivo (Tema 1077), as “condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente” (STJ. Plenário. REsp 1794854-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 23/06/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1077)). Portanto, são neutras as referidas circunstâncias. Os motivos, as circunstâncias e as consequências não transbordam o esperado para o tipo penal. Fixo a pena-base em 06 anos e 03 meses de reclusão e 630 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, não vislumbro a existências de circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena, razão pela qual mantenho a pena intermediária no patamar já fixado. Na terceira fase da dosimetria, presente uma causa especial de diminuição, conforme já fundamentado. Fixo a pena definitiva em 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e 520 dias-multa. Com relação ao valor do dia-multa, tratando-se de pessoa de cuja condição financeira não foi demonstrada, mantenho o quantum no patamar mínimo de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, com fundamento no artigo 43 da Lei nº 11.343/06. O réu encontra-se segregado desde 07 de dezembro de 2021 (06 meses e 09 dias), fazendo jus à detração da pena na forma do artigo 42 do Código Penal. Contudo, observo que o acusado não atende ao requisito objetivo do inciso V do artigo 112 da Lei de Execucoes Penais, para progressão de regime (cumprimento de 40% da pena). Com isso, estabeleço o cumprimento inicial da pena no regime semiaberto, fulcro no artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Por ocasião da pena aplicada, o réu não faz jus à substituição (art. 44 do CP) ou à suspensão (art. 77 do CP) da pena. [...]” (Id. 32168447) Da análise da dosimetria acima lançada, penso que o pleito deva prosperar apenas quanto ao aumento do privilégio em seu grau máximo (2/3), já que o indeferimento de tal fração se deu por razões inidôneas. Veja-se: “[...] Quanto à causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, assim disciplina o dispositivo: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso em apreço, o réu é primário e detentor de bons antecedentes. A despeito de o próprio acusado admitir que já foi preso em outra oportunidade pela prática de traficância, a ação penal ainda se encontra em curso. Nesse diapasão, deve-se observar que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação

definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). Com efeito, os policiais foram uníssonos ao reconhecer o réu como integrante de organização criminosa chefiada por “NATAN”. Contudo, tal fato não deve ser relevado para fins de julgamento, visto que destituído de maior embasamento probatório. Ainda que a região em questão seja, de fato, área de influência do referido traficante, não se pode vincular o acusado à organização criminosa sem maiores provas. Portanto, aplico a presente causa de diminuição. Entretanto, em vista das circunstâncias analisadas (existência de ação penal em curso e indícios de participação em grupo organizado para o tráfico), aplico o menor redutor. [...]” (Id. 32168447, destaque efetuado). Como se observa, na aplicação da privilegiadora do tráfico, o sentenciante não concedeu ao apelante a fração máxima de 2/3 (dois terços) sob alegação de existência de ação penal em curso e indícios de participação em grupo organizado para o tráfico. A atual orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido contrário. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À INCIDÊNCIA DA REDUTORA, NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. – A incidência da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. – Na hipótese, embora o agravado fosse primário e possuísse bons antecedentes, a minorante foi afastada com base na existência de ações penais em curso contra ele. – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou 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, inciso LIV, da Constituição Federal ( RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020), (HC 6.644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021). Portanto, tratando-se de agente primário, de bons antecedentes e inexistindo elementos que comprovem sua habitualidade delitiva ou seu envolvimento com grupo criminoso, deve incidir o benefício na fração de 2/3 (dois terços). Por esses motivos aqui expostos, por atender todos os requisitos exigidos no § 4º da Lei 11.343/2006 e, ainda, a fim de dar um tratamento oportuno àquele que se inicia no mundo do crime, entendo que o réu/apelante faz jus à aplicação da minorante, em seu patamar máximo, passando a fixar a pena do tráfico de drogas na terceira fase em 02 (dois) anos, 01 (um) mês de reclusão e 210 (duzentos e dez) dias-multa. Conforme art. 33, § 2º, alínea c do CP, fixo o regime aberto para o cumprimento de pena. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o apelante também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º CP), a ser definida pelo juiz de execução penal. Inviável o deferimento da isenção do pagamento das custas processuais, por se tratar de matéria a ser apreciada pelo Juízo da execução. Resta



prejudicado o pedido para recorrer em liberdade haja vista a concessão do alvará de soltura. Isto posto, por todos os motivos acima elencados, CONHEÇO do recurso e, DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para redimensionar a pena do apelante Joselito de Jesus Alves Junior, brasileiro, união estável, CPF: 084.513.835-99, Nome da Mãe: Anima Cerqueira da Silva, nascido em 07/01/2000, com endereço na Rua Barão do Rio Branco, Bairro: Santo Antônio, CEP: 48.890.000, Valente/BA, para 02 (dois) anos, 01 (um) mês de reclusão e 210 (duzentos e dez) dias-multa, em regime aberto e, converter a pena restritiva de liberdade em duas restritivas de direitos, a ser determinada e implementada pelo Juízo da Execução Penal, servindo esta decisão como ALVARÁ DE SOLTURA e notificação ao apelante do quanto decidido, que deverá ser encaminhada à unidade prisional onde encontra-se custodiado, independentemente da expedição de qualquer outro documento, recomendando-se ao responsável pela referida unidade que, antes da soltura, averigue, junto aos cadastros de prisão do país, se o paciente não tem algum tipo de prisão decretada em uma outra unidade da federação ou mesmo nesta. É como voto. Sala das Sessões (data registrada no sistema)

\_\_\_\_\_  
Presidente (assinatura digital)

\_\_\_\_\_  
Relator (assinatura digital)

\_\_\_\_\_  
Procurador (a) de Justiça (assinatura digital)