

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700089-23.2021.8.05.0004 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Jonas de Jesus Santos Advogado (s): JOSENALIA SANTOS DA SILVA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ANÁLISE QUE DEVE SER EFETUADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PRELIMINARES. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. INVESTIGAÇÃO ORIGINADA A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA E BUSCA E APREENSÃO REALIZADA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. DENÚNCIA QUE NÃO PODERIA ENSEJAR O INÍCIO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DOMICILIAR. NÃO VERIFICADOS. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART 28, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ANÁLISE EFETUADA PELO JUÍZO PRIMEVO QUE NÃO MERECE REPAROS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL DO AGENTE, MOTIVAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. ACOLHIMENTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. INVIÁVEIS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. REQUISITOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. ACOLHIMENTO QUE SE IMPÕE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DA SANÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO PARCIALMENTE. Preliminar. Uma vez que os entorpecentes e os utensílios destinados ao tráfico ilícito foram apreendidos na entrada da residência do Apelante, portanto, em via pública, não se pode falar em violação domiciliar. Ademais, diante da chegada da guarnição policial, o acusado empreendeu fuga e dispensou um saco contendo a droga em pequenas porções, além de embalagens plásticas, uma tesoura e uma faca, circunstância apta a comprovar as fundadas razões necessárias à entrada no domicílio do acusado, cujo resultado foi a apreensão de mais entorpecente dentro de um pote de vidro. Inexiste, dessa forma, ilegalidade a ser reconhecida em relação à droga apreendida dentro do imóvel do Apelante. Embora a incursão policial tenha sido iniciada a partir de uma informação anônima, tem-se que os milicianos iniciaram uma diligência com a finalidade de averiguar a sua veracidade, logrando êxito em localizar e capturar o acusado, cujas características físicas foram confirmadas in loco, em circunstância que apontava para a prática do tráfico de drogas. Em outras palavras, pode-se afirmar que a denúncia anônima que deu ensejo à atividade policial foi confirmada pelo estado de flagrância em que o acusado foi preso, em poder de um saco plástico contendo entorpecentes e utensílios usualmente usados na mercancia ilícita, além de um pote de vidro contendo a mesma substância. Nesse diapasão, nota-se que a Investigação Policial não foi inaugurada a partir de uma denúncia anônima, mas sim diante do Auto de Prisão em Flagrante delito, o qual foi precedido de diligências empreendidas pela polícia militar cujo resultado foi a prisão em flagrante do Apelante. É dizer: a denúncia anônima foi confirmada pela situação de flagrância na qual o acusado foi preso, sendo o Auto de Prisão em Flagrante fundamento idôneo para a instauração do Inquérito Policial. Mérito. Demonstradas a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, de maneira inequívoca, resta inviável a absolvição ou desclassificação para a conduta descrita no art. 28, da Lei de Drogas. Evidenciado que o Apelante é primário, possui bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa, deve ser

reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, independentemente da existência de ações penais em curso, notadamente quando a natureza e a quantidade da droga apreendida, aliados à inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não recomendam o afastamento da causa especial de diminuição ora vindicada. Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Como os argumentos utilizados pelo MM. Juiz de Direito, para negativar a motivação e consequências do delito, mostraram-se inerentes à conduta prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, inviável a manutenção da reprimenda incrementada com base em tais vetores. A análise da conduta social do Apelante restringiu-se à alegação de que este auferia a sua renda por meio do tráfico de drogas, mas de maneira genérica, não havendo elementos ou abordagem, por exemplo, acerca da sua relação na comunidade, no contexto da família, do trabalho, da escola e da vizinhança, para que então pudesse chegar-se à conclusão da existência de uma conduta social reprovável. Também é inidônea, portanto, a negatificação deste vetor. Reconhecida a causa especial de diminuição (tráfico privilegiado) prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, cabe ao Magistrado, com base em um juízo de discricionariedade prudente, estabelecer a fração redutora mais adequada ao caso concreto, utilizando-se, inclusive, da quantidade e natureza da droga apreendida. Jurisprudência do STJ. Diante da quantidade da pena aplicada, inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, assim como por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Apelante, o regime de cumprimento inicial da pena deve ser fixado no aberto. Uma vez preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do CP, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Crime doloso praticado sem violência ou grave ameaça, cuja pena final foi fixada abaixo de reclusão, sendo ainda o Apelante considerado primário e as circunstâncias judiciais valoradas favoravelmente, tanto que a pena-base foi imposta no mínimo legal. Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Em face da incompatibilidade da segregação cautelar com a quantidade de pena e regime inicial de cumprimento estabelecidos, além da substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos, deve ser concedido ao réu o direito de apelar em liberdade. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700089-23.2021.8.05.0004 da Comarca de Alagoinhas, sendo Apelante JONAS DE JESUS SANTOS e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos e com esteio no parecer da Procuradoria de Justiça, em CONHECER PARCIALMENTE E, NESTA EXTENSÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Abril de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700089-23.2021.8.05.0004 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Jonas de Jesus Santos Advogado (s): JOSENALIA SANTOS DA SILVA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Acusado JONAS DE JESUS SANTOS, tendo em vista sua irresignação contra o conteúdo da sentença condenatória, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, que julgou parcialmente procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo ao

cumprimento das sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, fixando-lhe a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto, associada à prestação pecuniária de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. Irresignada, a Defesa do acusado interpôs recurso de Apelação e, preliminarmente, pugnou pela concessão da gratuidade judiciária. Requereu também a decretação da nulidade da busca e apreensão realizada na residência do acusado, diante da ausência de motivo legítimo apto a relativizar a inviolabilidade domiciliar, assim como pleiteou a nulidade do procedimento de investigação, ao argumento de que teria sido iniciado a partir de uma denúncia anônima. No mérito, requereu a absolvição do acusado ou a desclassificação da figura prevista no art. 33, caput, da Lei de Drogas para aquela prevista no art. 28, do mesmo diploma legal. Subsidiariamente, pugnou pelo reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Requereu ainda o reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão espontânea, assim como a fixação da pena no mínimo legal, seguido do abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena imposto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao fim, pugnou pela aplicação da detração penal e pela concessão da liberdade provisória. (fls. 143/163 dos autos digitais – SAJ). Em contrarrazões, o Parquet pugnou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, apenas para reconhecer a necessidade de aplicar-se a detração com a finalidade de determinar o regime inicial de cumprimento da pena, mantendo-se in totum as demais disposições da sentença objurgada (fls. 191/203 dos autos digitais – SAJ). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, por meio do parecer exarado pela Dra. Luiza Pamponet Sampaio Ramos, opinou pelo conhecimento e parcial provimento da apelação, a fim de que se proceda a reforma da pena-base imposta (id. 24548706). Em seguida, os autos vieram conclusos. É o relatório. Salvador/BA, 15 de março de 2022. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700089-23.2021.8.05.0004 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Jonas de Jesus Santos Advogado (s): JOSENALIA SANTOS DA SILVA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Compulsando os autos, percebe-se que a sentença foi prolatada no dia 18/07/2021 (fls. 127/139 dos autos digitais – SAJ), não havendo certificação acerca da intimação da Defensoria Pública. No entanto, como o acusado foi pessoalmente intimado no dia 30/07/2021 (fls. 176/177 dos autos digitais – SAJ) e o recurso de Apelação foi interposto no dia 22/07/2021 (fls. 143/163 dos autos digitais – SAJ), constata-se a sua tempestividade. Levando-se em conta o preenchimento dos demais requisitos legais, tem-se que os recursos devem ser conhecidos. 2. DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. A Defesa constituída aduz que o acusado é pessoa de poucos recursos, pobre na forma da lei, de modo que não pode arcar com as custas processuais, motivo pelo qual requer a gratuidade da justiça. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça e a Egrégia Corte Baiana já pacificaram o entendimento de que a análise das condições financeiras do acusado, para tal finalidade, deve ser avaliada perante o juízo de execuções penais. Nesse sentido, ambas as Turmas criminais do STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA. APONTAMENTO DE DISPOSITIVO VIOLADO SEM PERTINÊNCIA COM A MATÉRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. RECONHECIMENTO DE

ATENUANTE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231 DO STJ. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO VIOLADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AVERIGUAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO RÉU. FASE DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.(...) 5. "É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a fase de execução é o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado a fim de se conceder o benefício da justiça gratuita" (AgRg no AREsp n. 1.506.466/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/9/2019). 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1211883/GO, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, T6, j. 26/11/2019) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. FASE DE EXECUÇÃO. MOMENTO ADEQUADO. OMISSÃO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AUTORIA DELITIVA. REVOLVIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. MATÉRIA AFETA AO STF. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL – CP. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICABILIDADE. VALOR MAIOR QUE 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A fase de execução é o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado a fim de se conceder o benefício da justiça gratuita. (...) (AgRg no AREsp 1368168/ES, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, T5, j. 25/06/2019) Por sua vez, esta Turma julgadora assim já decidiu: APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (art. 16, parágrafo único e inciso IV, da Lei nº 10.826/2003). PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRECEDENTES DO STJ E DESTE ÓRGÃO JULGADOR. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INACOLHIMENTO. PORTE DO ARTEFATO PELO RECORRENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO NO ACERVO PROBATÓRIO. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 2. Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao Apelante. Resta evidente que análise da hipossuficiência do Recorrente não pode ser efetivada por este Órgão Julgador, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, em caso de condenação. (...) 8. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, NÃO CONHECIMENTO quanto ao pedido de justiça gratuita por ser matéria afeta ao Juízo das Execuções Penais...(Apelação 0515933-45.2017.8.05.0001,Relato ANTONIO CUNHA CAVALCANTI, 2a Cam. Crim. – 2a Turma, p. 10/02/2021) Inviável, portanto, o conhecimento do pedido de concessão da justiça gratuita. 3. PRELIMINARES. BUSCA E APREENSÃO NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. ABORDAGEM POLICIAL LÍCITA. A Defesa aduziu que a busca e apreensão realizada dentro da residência do acusado é ilegal, uma vez que os policiais militares não teriam indicado a situação suspeita prévia (justa causa) que poderia autorizar a relativização da inviolabilidade domiciliar. Afirmou inexistir qualquer elemento anterior que indicasse a prática de crime em curso, dentro da residência do réu, o que descaracterizaria a prévia justa causa necessária ao ingresso domiciliar, quando ausente mandado judicial. Nessa esteira, pugnou pela declaração da nulidade da busca e apreensão procedida no interior do imóvel do acusado, com a consequente declaração da ilicitude das provas que decorreram desse ato. Alegou ainda que todo o processo é nulo, na medida em que foi

desencadeado a partir de uma denúncia anônima, originada do cidadão responsável por comunicar a ocorrência de tráfico de entorpecentes aos policiais militares que prenderam o acusado em flagrante delito. Depreende-se, portanto, que o pleito de reconhecimento da nulidade da prisão em flagrante do acusado reside em dois argumentos: a) ausência de fundadas suspeitas para autorizar o ingresso dos policiais na residência do acusado; b) impossibilidade de iniciar o processo a partir de uma denúncia anônima. Quanto à alegada inexistência de fundadas razões, é necessário, *prima facie*, distinguir o momento da abordagem policial sobre o qual a presente análise se debruçará. Conforme se verifica dos elementos indiciários e da prova coletada em juízo, a diligência policial que culminou com a prisão em flagrante do réu iniciou a partir de uma denúncia anônima, dando conta de que um indivíduo estava traficando drogas na avenida Alecrim, para onde os milicianos se deslocaram. Ao perceber a aproximação da viatura, tal indivíduo, posteriormente identificado como o Apelante, empreendeu fuga e dispensou um saco plástico, sendo alcançado e capturado pelos milicianos antes entrar na sua casa. Feita a busca pessoal, ainda em via pública, encontraram a quantia de R\$ 31,00 (trinta e um) reais, constatando ainda que, na sacola dispensada, havia 18 (dezoito) trouxinhas de maconha, diversas embalagens plásticas comumente utilizadas para fazer geladinho, uma tesoura e uma faca que estava suja da mesma substância. Dentro desse quadro, observa-se que a abordagem policial, até então, aconteceu em via pública, motivo pelo qual se afasta o pleito de reconhecimento da violação domiciliar, de modo que os elementos colhidos nessas circunstâncias – dinheiro, droga e apetrechos para o tráfico, jamais poderão ser objeto do reconhecimento da pretendida nulidade. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA DO ACUSADO. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE. OUTRAS PROVAS SUFICIENTES. REITERAÇÃO DELITIVA. (...) 3. A anulação das provas decorrentes da violação de domicílio não importam na contaminação dos fatos precedentes – como, no caso em tela, a substância despendida pelo paciente – que, devidamente corroborados por outros elementos da instrução processual, podem vir a ensejar a condenação. (...) (STJ – HC: 670976 SP 2021/0169533–0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 21/09/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2021) Seguindo com a análise da atividade policial, observa-se que, logo em seguida, após colher o consentimento do acusado e dos demais moradores da residência, os agentes de segurança procederam com a busca no imóvel, vindo a encontrar um pote de vidro contendo maconha. Dessa feita, observa-se que sobre essa circunstância recairá a análise da nulidade aventada, sendo possível destacar, desde já, que não existe razão à Defesa. Isso porque as circunstâncias que precederam a entrada dos policiais na residência do acusado constituem fundadas razões a permitir a relativização da inviolabilidade domiciliar. Embora a diligência policial tenha se iniciado a partir de uma denúncia anônima, constata-se que esta foi corroborada pela atitude suspeita do réu que, ao perceber a aproximação da guarnição, empreendeu fuga e dispensou uma sacola contendo maconha e apetrechos comumente utilizados na mercancia de entorpecentes, situação que, após ser constatada pelos milicianos, legitimou a entrada no imóvel, já que presentes fundadas suspeitas de que o tráfico de drogas ali estava acontecendo. Sobre o tema, ao julgar o RE 603.616–AgR/R0, de

relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, a fim de uniformizar a matéria, fixou a tese, sob o regime de repercussão geral (Tema 280), de que, em se tratando das situações de flagrante delito, não há ilicitude na entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, quando amparada em fundadas razões, justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de crime no interior da residência, sob pena de apuração de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. Ve-se, assim, que a hipótese vertente se subsume perfeitamente à situação fática objeto de do Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a Corte Superior, em casos análogos, assim já decidiu: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. CRIME PERMANENTE. PRISÃO AUTORIZADA. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADAS. I – O v. aresto vergastado afastou motivadamente a alegada nulidade da busca e apreensão, sob o fundamento de que a inviolabilidade de domicílio encontra exceção em caso de flagrante delito. De fato, afere-se dos autos que o paciente fora condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual configura delito permanente, ou seja, o momento consumativo protrai-se no tempo, permitindo a conclusão de que o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (precedentes). II – In casu, consoante consignado pelo eg. Tribunal de origem, os milicianos, ao realizarem patrulhamento de rotina, visualizaram o ora paciente em atitude suspeita, portando invólucro em sua mãos. Ao perceber a aproximação da viatura, o acusado dispensou o sobredito invólucro e evadiu-se. Após averiguarem o local, os agentes encontraram a embalagem, a qual continha 2 (duas) pedras de Crack, pesando aproximadamente 19g (dezenove gramas), eventos por si só suficientes para configurar as "fundadas razões" para se concluir que havia flagrante delito em andamento, bem como a autorizar o ingresso em domicílio sem autorização judicial ou consentimento. Nesse compasso, compreende-se igualmente que não há nulidade nas provas obtidas em decorrência da situação de flagrância. (...) Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 675838 MG 2021/0195646-4, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Julgamento: 28/09/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/10/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO. FLAGRANTE INICIADO FORA DO IMÓVEL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 6. Iniciado o flagrante fora do imóvel, com a apreensão de entorpecentes que foram entregues a terceira pessoa na presença das autoridades policiais, antes de o agente empreender fuga para dentro da residência, evidencia-se a justa causa para o ingresso forçado no domicílio. (...) ((STJ – AgRg no HC: 612972 SP 2020/0238267-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 22/06/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRAZER CONSIGO E GUARDAR ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO. FLAGRANTE INICIADO FORA DO IMÓVEL. CONFISSÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No julgamento do RE n.º 603.616 , o Pleno do Supremo Tribunal Federal afirmou que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial,

faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 2. In casu, foram imputadas ao paciente as condutas de trazer consigo e guardar entorpecentes. Consta que os policiais militares receberam denúncia acerca da ocorrência de tráfico de drogas, com a indicação do apelido e das roupas do indivíduo suspeito. Em diligências no local indicado, avistaram o paciente em atitude suspeita e o flagraram na posse de uma pedra de crack e R\$ 37,00 (trinta e sete reais) em dinheiro. Após ter confessado a traficância e afirmado haver mais entorpecentes em sua casa, os policiais foram até a sua residência, onde encontraram mais drogas e dinheiro: outras 18 pedras de crack, embaladas para comercialização, 4 porções de crack e fragmentos, sem embalagem, bem como a quantia de R\$ 469, 00 (quatrocentos e sessenta e nove reais) em dinheiro. 3. Hipótese em que se encontra devidamente evidenciada a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, em especial diante do estado de flagrância que restou cabalmente caracterizada no caso – prévia apreensão de drogas em poder do suposto traficante fora do imóvel – e a confissão de que possuía mais do produto ilícito armazenado em sua residência. 4. Agravo regimental desprovido. STJ – AgRg no HC: 674279 SP 2021/0187316-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/11/2021 Não é demais registrar que, tratando-se de flagrante em crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo – infrações penais de natureza permanente –, as buscas e apreensões domiciliares prescindem de autorização judicial, 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. No caso dos autos, a inexistência de mandado de busca e apreensão ou eventual autorização, em que se apura o cometimento de crimes em estado de permanência, são insuficientes para macular a prova obtida por ocasião do ingresso dos policiais na residência do Apelante, uma vez que se estava diante de delitos de natureza permanente, cujo flagrante se protraí no tempo, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, *ipsis litteris*: Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Ademais, neste caso, a situação de flagrância legitima a violação do domicílio. A Carta Magna prescreve no seu artigo 5º, XI, da CF, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Assim, não há que se falar em necessidade de mandado ou de consentimento do morador. Em relação ao argumento de que o processo seria nulo, pois iniciado a partir de uma denúncia anônima, percebe-se que melhor sorte não assiste à Defesa. De fato, restou confirmado que os agentes de segurança iniciaram a incursão na avenida Alecrim após terem obtido a informação, por meio de um cidadão anônimo, de que um indivíduo estaria ali realizando o tráfico de drogas. Por outro lado, verifica-se que os milicianos, diante da informação apócrifa, iniciaram uma diligência com a finalidade de averiguar a sua veracidade, logrando êxito, inclusive, em localizar e capturar o acusado em circunstância que apontava para a prática do tráfico de drogas, a qual foi corroborada pela autoridade policial, com a lavratura do respectivo Auto de Prisão em Flagrante. Em outras palavras, pode-se afirmar que a denúncia anônima que deu ensejo à atividade policial foi confirmada pelo estado de flagrância em que o acusado foi preso, em

poder de um saco plástico contendo maconha e utensílios usualmente usados na mercancia ilícita, além de um pote de vidro contendo a mesma substância. Nesse diapasão, nota-se que a Investigação Policial não foi inaugurada a partir de uma denúncia anônima, mas sim diante do Auto de Prisão em Flagrante delito, o qual foi precedido de diligências empreendidas pela polícia militar cujo resultado foi a prisão em flagrante do Apelante. É dizer: a denúncia anônima foi confirmada pela situação de flagrância na qual o acusado foi preso, sendo o Auto de Prisão em Flagrante fundamento idôneo para a instauração do Inquérito Policial. Mais uma vez, calha trazer o entendimento dos Tribunais Superiores e das Cortes Estaduais: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DEFLAGRAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA CORROBORADA POR OUTRAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. POSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. Conforme consolidada jurisprudência desta Corte, a denúncia anônima é fundamento idôneo a deflagrar a persecução penal, desde que seja seguida de diligências prévias aptas a averiguar os fatos nela noticiados. 4. Agrado regimental desprovido. (STF – HC: 152182 MG 0064534–34.2018.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 31/08/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 23/09/2020) PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. INQUÉRITO INSTAURADO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO OCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I – "Esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal. Precedentes." (RHC 62.067/SP , Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 14/03/2018) (...) STJ – RHC: 95029 SP 2018/0034607–4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/04/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2018 APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRELIMINAR. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. IRRELEVÂNCIA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO A PARTIR DA PRISÃO EM FLAGRANTE. Não há nulidade no inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante do acusado, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima. Precedentes do STF e do STJ. 2 (...) (TJ-GO – APR: 672445720128090079, Relator: DES. LEANDRO CRISPIM, Data de Julgamento: 23/01/2018, 2A CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2448 de 16/02/2018) HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA. RECEPÇÃO. ILEGALIDADES DO FLAGRANTE AFASTADAS. A denúncia anônima não pode, isoladamente, justificar a instauração de inquérito policial, muito menos denúncia, sem investigação prévia. No caso, porém, foi justamente tal providência – investigação prévia – que tomaram os policiais ao receberem denúncias anônimas, dirigindo-se ao local mencionado pelos denunciantes para averiguação. Acontece que, chegando em referido imóvel, depararam-se com uma situação de flagrância, segundo mencionado nos elementos informativos do inquérito, os policiais avistaram o paciente em frente à garagem e, quando avistou os agentes, tentou se desfazer de uma embalagem na qual havia cinco porções de cocaína. Ora, nessa situação, em que não houve inquérito policial instaurado a partir de denúncia anônima, e sim uma

averiguação policial que culminou em clara situação de flagrância, é indevido não apenas alegar a ilegalidade na origem do ocorrido (denúncia anônima) como, também, afirmar que os policiais não estavam autorizados a entrar no imóvel – afinal, o flagrante é exceção que autoriza a inviolabilidade da propriedade. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTO LEGAL PRESENTE. PRISÃO MANTIDA. (...) (TJ-RS – HC: 51562287320218217000 RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Data de Julgamento: 25/10/2021, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/10/2021) APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PROVA PRODUZIDA – INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO EM DECORRÊNCIA DE DENÚNCIA ANÔNIMA – REJEIÇÃO – PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DEFLAGRADO APÓS LAVRATURA DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE 00 ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO FLAGRANTE REALIZADO COM DESRESPEITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO 00 REJEIÇÃO 00 FLAGRANTE DELITO CARACTERIZADO 00 INTELIGÊNCIA DO PERMISSIVO ESTABELECIDO NO ART. 5º , XI , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NÃO PROVIMENTO PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA QUANTO À DETENÇÃO E GUARDA DE VULTOSA QUANTIDADE DE CRACK E MACONHA ACONDICIONADAS PARA A VENDA PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO PROVIMENTO AUSÊNCIA DE PROVAS FIRMES QUANTO A PARTICIPAÇÃO DO APELANTE EM ORGANIZAÇÃO VOLTADA PARA O TRÁFICO NÃO DEMONSTRADA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO – PEDIDO DE REDUÇÃO DAS PENAS INFLIGIDAS PROVIMENTO – FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65 , I , CP SEM APLICAÇÃO DO EFEITO REDUTOR – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ – RECONHECIDA INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º , DO ART. 33 DA Lei 11.343 /2006 00 REDUÇÃO DA PENA DE MULTA PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO NÃO PROVIMENTO AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS 00 PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Preliminar de nulidade Diferentemente do quanto asseverado pelo Recorrente, o Inquérito Policial instaurado, para apuração dos fatos imputados ao Apelante, não decorreu, diretamente, de denúncias anônimas, mas da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante de fls. 07/27. Dessa forma, não há que se cogitar de nulidade ou vício das provas amealhadas, porquanto produzidas a partir do flagrante realizado, o qual, por sua vez, concretizou-se em razão da diligência empreendida para apuração das denúncias recebidas ao redor da existência de ilegal distribuição de drogas, as quais foram, in loco, confirmadas. (...) (TJ-BA – APL: 03085335720138050274, Relator: Janete Fadul de Oliveira, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 21/02/2018) Por fim, acrescente-se que o Apelante autorizou a entrada dos policiais na residência, conforme depoimento dos policiais militares. Assim, inexistente nulidade do feito a ensejar a ilicitude das provas coletadas no domicílio do acusado ou colhidas a partir de denúncia anônima. 4. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28, DA LEI 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DO TRÁFICO DE DROGAS COMPROVADAS. Nas razões recursais, foi requerida a desclassificação do tráfico ilícito de entorpecentes para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, ao argumento de que o acusado não foi flagrado vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Alegou ainda que a quantidade apreendida indicaria a destinação para satisfação própria, e não à traficância. Antes de compulsar o acervo probatório, calha trazer o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, cuja redação afirma que: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar,

prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, para que a conduta do Réu seja considerada tráfico, basta que se encaixe em um dos 18 verbos mencionados no caput do art. 33 da retrocitada Lei e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Vale dizer, é irrelevante que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga. Desse modo, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessário que o agente seja detido no exato momento em que esteja praticando atos de mercancia. Basta que haja nos autos provas robustas e demais elementos que denotem a finalidade de uso das drogas por terceiros. Com efeito, a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções formam um todo coerente e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema. Senão veja-se: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ – AgRg no HC 618667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, T5, j. 24/11/2020). A autoridade sentenciante reconheceu que o Acusado perpetrou o delito sub judice, incidindo no tipo penal que lhe foi imputado, tráfico de drogas, razão pela qual deve 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 pátrio. Narra a denúncia que, no dia 19/01/2021, por volta das 10hs00min, policiais militares realizavam ronda de rotina nas imediações da Rua Alecrim, quando foram informados por populares que um indivíduo estava realizando tráfico de drogas em uma avenida de casas, situada na Rua Moraes Moreira, Bairro Pirinel, município de Alagoinhas. Empreendida diligência, os militares deslocaram-se até o local apontado, momento em que avistaram o denunciado em via pública, o qual, ao perceber a aproximação da guarnição, dispensou um saco branco que carregava e correu para o interior da aludida avenida, sendo alcançado e detido na porta da sua residência. Procedida a abordagem e revista no acusado, foi apreendida com este a quantia de R\$ 31,00 (trinta e um reais), que fora obtida com a venda da droga. Ademais, no saco dispensado pelo denunciado foram encontradas 18 (dezoito) trouxinhas da erva cannabis sativa, com massa bruta total de 27,33 g (vinte e sete gramas e trinta e três centigramas), droga esta destinada a terceiros, além de 17 (dezessete) saquinhos plásticos utilizados para acondicionar drogas, 01 (uma) tesoura e 01 (uma) faca. Dando continuidade à ação, os policiais inquiriram o acusado sobre a existência de mais drogas, tendo este informado que havia uma quantidade guardada em um pote de vidro em sua residência. Ato contínuo, após devidamente autorizados, os militares ingressaram na casa do denunciado, encontrando, em cima de um armário, o referido pote contendo cerca de 5 (cinco) gramas de maconha, droga esta também destinada ao comércio. Em face disso, o acusado foi conduzido em flagrante delito à Delegacia Territorial de Alagoinhas para a adoção das medidas cabíveis. Em relação à materialidade delitiva, encontra-se fartamente positivada por meio do Auto de Exibição e Apreensão e Laudos de Exames Periciais, por meio dos quais

foram constatados o resultado positivo para Tetrahydrocannabinol (maconha), substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, inserida na Listas F2 da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde (fls. 13, 27 e 50 dos autos digitais – SAJ). No que toca à autoria atribuída ao Apelante, as provas contidas nos autos demonstram que ele, de fato, praticou o delito de tráfico de drogas. In casu, os policiais militares responsáveis pela diligência que culminou na prisão em flagrante do Recorrente ratificaram, em juízo, de maneira harmônica e coerente, os depoimentos prestados em sede Policial, narrando o modus operandi da prisão, tornando inequívoca a prática delitiva por parte do sentenciado. O SD/PM PAULO RICARDO declarou que, no dia dos fatos, estava em ronda na região da Terezinha quando populares informaram acerca da ocorrência do tráfico de drogas na rua Moraes Moreira, conhecida também como Alecrim; que, ao chegarem no local, depararam-se com o indivíduo que estaria traficando e cujas características físicas foram descritas pelos populares, as quais foram confirmadas pelos milicianos; que ele percebeu a chegada da guarnição e iniciou uma fuga, tendo dispensando um saco plástico branco no chão; que eles conseguiram alcançar o indivíduo e capturá-lo, averiguando, em seguida, o conteúdo da sacola, constatando se tratar de maconha; que, ao questioná-lo se havia mais deste material, respondeu que tinha mais em casa e autorizou a entrada dos agentes; que a maconha estava dividida em porções pequenas, junto com uma tesoura suja de maconha e saquinhos comumente utilizados para acondicionar drogas; que o acusado confessou que a droga era destinada à venda; (às perguntas da Defesa respondeu) que não fizeram campana e nem registraram a autorização dada pelo acusado permitindo a entrada no domicílio; que solicitaram a permissão diretamente ao acusado; que não conhece o acusado e nem sabe se ele é envolvido em outros delitos; (id. 25532674). O SD/PM ADONIAS MOREIRA DE ASSIS declarou que estava de serviço patrulhando quando uma pessoa parou a guarnição e relatou que estava ocorrendo o tráfico de drogas em uma rua próximo do Alecrim; que, de imediato, foram ao local citado e quando entraram na rua encontraram um indivíduo que começou a correr e dispensou um saco que estava na sua mão, entrando em uma avenida de casas, até que o capturaram; que fizeram a busca pessoal e encontraram uma quantia de dinheiro, da qual não se recorda o valor; que o colega pegou o saco e constatou que tinha balinhas de maconha, faca e sacos de geladinho, tendo perguntado se havia mais drogas, cuja resposta do acusado foi afirmativa; que falou que tinha mais droga dentro de casa e autorizou a entrada dos policiais, onde encontraram mais drogas e o levaram para a delegacia; que não conhece o acusado e nem sabe se ele é envolvido em outros delitos; (às perguntas da Defesa respondeu) que não se recorda se foi encontrada alguma anotação; que recebeu a denúncia e não fez campana; (id. 25532674). Saliente-se que, embora os depoimentos tenham sido prestados por policiais, estes, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). 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. Corroborando tal entendimento, segue a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que 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. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso). Por sua vez, o RÉU, no seu interrogatório, afirmou que já foi preso anteriormente por causa de drogas; que, no dia dos fatos, estava em casa com sua mulher deitados na cama, quando escutou um barulho e uns quatro policiais começaram a chamá-lo para o lado de fora da casa; que lhe perguntaram se tinha alguma droga, tendo respondido que tinha apenas aquela que estava fumando dentro do pote de vidro; que os policiais procuraram mais drogas e não acharam; que eles ligaram para outra viatura que se descolou à residência, de onde saíram outros policiais com um saco contendo droga e dizendo que lhe pertencia; que o colocaram na viatura e o levaram para um sítio próximo da casa, dizendo que tinha droga naquele local; que o ameaçaram e depois o levaram para a delegacia; que em casa, não tinha balinha de maconha, mas apenas duas gramas com a seda e um isqueiro, para consumo pessoal; que a droga apresentada dentro do saco não era sua; que, no momento da abordagem, estavam na casa sua esposa, seu filho e seu irmão; que os policiais o pegaram dentro da sua casa, sem autorização para entrarem; que tinha, de fato, trinta e um reais, os quais foram encontrados pelos policiais; que auferiu esse valor por meio de um trabalho que fez; (às perguntas da Defesa respondeu) que primeiro chegou uma viatura e depois outra, sendo que os policiais que estavam nesta última trouxeram o saco com a droga; que na prisão anterior, foi enquadrado como usuário. Da prova angariada, observa-se que o pleito de absolvição pautada na quantidade da droga apreendida não pode ser acolhido, na medida em que a quantidade do entorpecente constitui um dos elementos capazes de demonstrar a traficância – mas não o único. In casu, embora a quantidade de 27,33g (vinte e sete gramas e trinta e três centigramas) não possa ser considerada elevada, constatou-se que a mesma foi apreendida acondicionada em pequenas porções, junto com embalagens plásticas de geladinho, tipicamente utilizadas no comércio ilícito, além de uma tesoura e uma faca suja do mesmo material. Dentro desse contexto, verifica-se que o acusado utilizava a faca e a tesoura com a finalidade de fracionar e embalar a maconha apreendida, para então distribuí-la clandestinamente, conduta esta tipificada no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Acrescente-se que os policiais militares confirmaram, na pessoa do acusado, as características físicas transmitidas pelo popular que fez a denúncia anônima, reconhecendo-o como o indivíduo responsável pelo tráfico nas imediações da rua Alecrim, circunstância que, aliada à forma como os entorpecentes e os utensílios foram apreendidos, são suficientes para caracterizar o crime previsto no art. 33, caput, da lei 11.343/2006. Com efeito, a versão apresentada pelo acusado, no sentido de que a droga encontrada em seu poder era para uso próprio, mostrou-se isolada nos autos, não havendo nenhuma prova apta a sustentá-la. Nessa esteira, o art. 156 do CPP, ao estabelecer o ônus probatório às partes, afirma que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...)”. Assim, levando-se em conta a circunstância na qual o acusado foi preso em flagrante delito, conforme exposto alhures, constata-se a prática do delito de tráfico de drogas. 4.1. TRÁFICO PRIVILEGIADO – art. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. Dando continuidade à análise das teses apresentadas em favor do Apelante, tem-se que a Defesa insurgiu-se contra o afastamento do

benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Para tanto, o decisio primevo amparou-se na existência de uma Ação Penal em curso contra o acusado. Veja-se: “O acusado não é merecedor do benefício constante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 porque, não obstante a quantidade da droga apreendida, trata-se de agente com comprovada contumácia delitual uma vez que no ano passado foi preso por conduta similar a apurada neste processo, estando a responder outra ação penal junto ao Juízo da 2ª Vara Crime desta Comarca 1” (fl. 137 dos autos digitais – SAJ) Até pouco tempo atrás, os Tribunais Superiores admitiam a utilização de ações penais em curso para caracterizar a dedicação à atividade criminosa e, portanto, rechaçar o benefício do tráfico privilegiado. Recentemente, no entanto, esse entendimento foi revisado, primeiro pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, alinhando-se à Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma linha de intelecção não mais admitindo o afastamento da figura do tráfico privilegiado com base exclusivamente em ações penais em curso, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. A seguir, os precedentes das Cortes Superiores: GRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054–RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da 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. III– Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE 1.283.996 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 11/11/2020 e p. 03/12/2020) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO PODE SER AFASTADA APENAS COM BASE NO FATO DO SENTENCIADO POSSUIR AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No acórdão paradigma, consignou-se que ações penais em andamento justificam, de forma idônea, o afastamento do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. No acórdão embargado, por seu turno, adotou-se posicionamento contrário, em razão de precedentes de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ? STF considerarem inidôneo o afastamento da referida causa de diminuição de pena com base apenas em ações penais em andamento, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 1.852.098/AM, S3, j. 27/10/2021 e p. 03/11/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMA DO ACÓRDÃO. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO ADOTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA AFASTAR A REDUTORA DE PENA. CRIMES DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS E DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 PRATICADOS PELO PRIMEIRO PACIENTE. UMA MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO APREENDIDA.

DESVINCULAÇÃO DA CONDUTA DO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESP ROVIDO. 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência desta Corte. 2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de "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). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior" (HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/9/2021). (...) (AgRg no AgRg no HC 667.899/RS, Rel. Min. Joel Ilan, T5, j. 08/03/2022 e p. 14/03/2022) Na hipótese vertente, percebe-se que não há outros elementos a indicar a dedicação à atividade criminosa do acusado, tampouco a sua participação em organização criminosa. Isso porque a reduzida quantidade de droga apreendida – 27,33g de maconha – aliada à inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não são suficientes para demonstrar que o acusado fazia da mercancia ilícita um meio de vida, ou seja, que se dedicava à atividade criminosa. Gize-se que os policiais militares, em juízo, declararam que “não conhecem o acusado e nem sabem se ele é envolvido em outros delitos;”, não havendo mais nada que possa sugerir a sua participação em organização criminosa ou dedicação a outros crimes. Ademais, o Apelante é primário e possui bons antecedentes, de modo que os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas mostraram-se atendidos, razão pela qual, no presente caso, o pleito da Defesa deve ser atendido. 5. DOSIMETRIA 1a FASE: Compulsando os autos, verifica-se que o juízo a quo, ao valorar negativamente as circunstâncias judiciais da conduta social do agente, motivos e consequências do crime, fixou a pena-base em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão, associada ao pagamento de 600 (seiscentos dias-multa), utilizando a seguinte fundamentação: Trata-se de réu ainda primário, de bons antecedentes (ante a inexistência de condenação anterior) mas de péssima conduta social (vive, praticamente, da mercancia ilícita de drogas). As consequências da conduta do réu são preponderantemente nefastas na medida em que contribui para a disseminação do uso e consumo de drogas na sociedade, contribuindo para que o crescimento exponencial do número de pessoas viciadas e dependentes de drogas entorpecentes. Atrelado a mercancia ilícita de maconha e outras drogas estupefacientes estão outras modalidades igualmente criminosas como o roubo e o homicídio (o homicídio envolvendo o tráfico de drogas vem assumindo proporção de epidemia em Alagoinhas). O motivo do crime é o lucro financeiro fácil e rápido que a droga propicia a quem se mete nessa atividade deletéria. Pena-base que se estabelece em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. (fl. 137 dos autos digitais – SAJ). Iniciando a análise com o vetor da conduta social, observa-se que o juízo a quo consignou que o Apelante “vive, praticamente, da mercancia ilícita de drogas” (fl. 259 dos autos digitais). Nas palavras do Professor César Roberto Bitencourt, a análise da circunstância judicial da conduta social deve considerar: Conduta social – Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem

antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, mesmo é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor (Tratado de Direito Penal, vol. 1, Parte Geral (arts. 1 ao 120), 27 ed., rev. E atual., Saraiva, 2021). Já o autor Ricardo Augusto Schmitt leciona: A circunstância judicial atinente à conduta social se traduz num verdadeiro exame da culpabilidade do agente pelos fatos da vida, pois retrata o seu papel na comunidade, no contexto da família, do trabalho, da escola e da vizinhança (STJ, HC 404.304/PE). Trata-se de avaliação do comportamento do sentenciado, basicamente por meio de três fatores que integram a vida de qualquer cidadão: convívio social, familiar e laboral. (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 15 ed, rev. E atual., Editora Juspodivm, 2021, p. 151/152). Nesse diapasão, observa-se que o caderno processual não dispõe de nenhum elemento válido para autorizar a negativação dessas circunstâncias, sendo que o fundamento utilizado pelo MM. Juiz de Direito mostrou-se inidôneo, na medida em que não indicou as provas que poderiam sustentar a afirmação de que o acusado viveria, praticamente, do tráfico de drogas. Tem-se, assim, uma motivação vaga e desconectada com as provas produzidas nos autos, de modo que a circunstância judicial da conduta social deve ser afastada. Em relação ao vetor da motivação do delito, nota-se que também foi indevidamente fundamentado, já que o argumento de que “o lucro financeiro fácil e rápido que a droga propicia a quem se mete nessa atividade deletéria.” encontra-se valorado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, do Código Penal, razão pela qual este vetor também deve ser afastado, inclusive, a fim de se evitar violação ao non bis in idem. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça e a Egrégia Corte baiana: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182 DO STJ. RECURSO INTERNO. CORREÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS DO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS. MOTIVOS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. LUCRO FÁCIL. INIDONEIDADE. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 4. A intenção de lucro fácil é elemento inerente ao delito de tráfico de drogas, não autorizando a negativação dos motivos do crime. 5. Agrado regimental não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para excluir a negativação dos motivos do crime, ficando as penas redimensionadas nos termos do voto. (Grifei) (STJ – AgRg no AREsp: 1796538 PR 2020, Rel. Min. Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/04/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2021) APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ART. 33 DA LEI Nº 11.343 /2006 – IRRESIGNAÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MOTIVOS DO CRIME – LUCRO FÁCIL – CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL – RECURSO PROVIDO. (...) II. Analisando os autos, no que se refere à dosimetria da pena, a quanto aos motivos do crime, o Juízo “a quo” entendeu tal circunstância desfavorável utilizando como argumento a obtenção de vantagem pecuniária fácil”. Todavia, o desejo de obtenção de lucro fácil já é punido pela própria tipicidade, não extrapolando os limites dos crimes deste jaez, razão pela qual não se trata de fundamentação hábil a justificar o desvalor atribuído à referida circunstância judicial. Sendo assim, afasta-se a valoração negativa realizada acerca dos motivos do crime. (Grifei)

(TJ-BA – APL: 05057894120198050001, Relator: ESERVAL ROCHA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 03/03/2021) No que se refere às consequências do crime, o juízo primevo asseverou que “preponderantemente nefastas na medida em que contribui para a disseminação do uso e consumo de drogas na sociedade, contribuindo para que o crescimento exponencial do número de pessoas viciadas e dependentes de drogas entorpecentes. Atrelado a mercancia ilícita de maconha e outras drogas estupefacientes estão outras modalidades igualmente criminosas como o roubo e o homicídio (o homicídio envolvendo o tráfico de drogas vem assumindo proporção de epidemia em Alagoinhas)” Mais uma vez, percebe-se que a fundamentação utilizada é genérica, além de ser inerente ao delito de tráfico de drogas, encontrando-se valorada na quantidade de pena abstratamente prevista, nos termos do art. 33, da Lei de Drogas. O STJ e a Corte de Santa Catarina assim já decidiram: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAMENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E À CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DO ART. 42 DA LEI N. 11.343 /2006. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS E PERSONALIDADE AFASTADAS. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33 , § 4º , DA LEI DE TÓXICOS). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (...) 4. Também se revela insuficiente a motivar a exasperação das penas-bases, a título de consequências do crime, a menção à "disseminação das drogas na sociedade" (e-STJ fl. 88), porquanto tal elemento é genérico e se confunde com os efeitos negativos naturais e inerentes aos tipos penais em análise. Precedentes (STJ – HC: 698362 RO 2021/0319586-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 08/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2022) REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, EM CONTINUIDADE DELITIVA [ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40 , III , AMBOS DA LEI 11.343 /06, C/C ART. 71, DO CÓDIGO PENAL]. INSURGÊNCIA SOBRE A DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE: CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. TRÁFICO QUE VISA A DISSEMINAÇÃO DO VÍCIO EM JOVENS E CONSEQUÊNCIAS DELETÉRIOS À SOCIEDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA CONSEQUÊNCIA GENÉRICA DO CRIME. ADEMAIS, CONSEQUÊNCIA INERENTE AO TIPO PENAL."Em se tratando do crime de tráfico de drogas, a propagação de material tóxico a usuários e a consumação do delito em período noturno não constituem razões idôneas à majoração da pena na primeira etapa da dosimetria, por se tratarem de consectários lógicos da prática dos verbos nucleares do tipo penal em comento. [...] (Apelação Criminal n. 0006183-02.2015.8.24.0039 , de Lages, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 2-2-2016)". (TJ-SC – RVCr: 40030035620178240000 Gaspar 4003003-56.2017.8.24.0000, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 26/07/2017, Seção Criminal) Por sua vez, a Procuradoria de Justiça, ao entender que a pena-base deveria ser estabelecida no mínimo legal, assim se manifestou: Ocorre que a fundamentação apresentada não revela-se idônea a autorizar a exasperação da pena-base. Seja porque não há elementos nos autos do qual seja possível aferir a conduta social do réu, seja porque o motivo e as consequências consideradas são inerentes ao tipo penal imputado ao apelante. (id. 24548706 – fl. 12) Assim sendo, deve-se afastar os vetores da conduta social, motivação e consequências do crime, o que implicará na redução da pena-base para o mínimo legal – 05 (cinco) anos de reclusão, associada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. 2a FASE: A Defesa pleiteia o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa, não se verificando nenhuma agravante aplicável ao

presente caso. No entanto, ao compulsar os autos, constata-se que o acusado, em nenhum momento da persecução criminal, confessou a prática do crime de tráfico de drogas, limitando-se a afirmar que a droga apreendida dentro da sua residência destinava-se ao consumo pessoal, razão pela qual a sentença, neste ponto, não merece qualquer modificação. Também de maneira eskorreita, o MM. Juiz de Direito reconheceu a atenuante da menoridade relativa e diminuiu a pena-base em 04 (quatro) meses, resultando na pena intermediária de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. De fato, à época do crime, o Apelante contava com menos de vinte e um anos de idade, conforme se verifica do termo de interrogatório policial e judicial, razão pela qual se mantém o reconhecimento da atenuante inserida no art. 65, I, do CP, sem, contudo, implicar na diminuição da pena do acusado (fls. 14/15 dos autos digitais – SAJ e id. 25532674). Isso porque, nesta via recursal, a pena-base foi reduzida para o mínimo legal – 05 (cinco) anos de reclusão, sendo inviável, portanto, a diminuição da pena intermediária para alguém desse patamar, por força do princípio da Legalidade e da Súmula 231 do STJ. Resta, assim, fixada a pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão, associada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. 3a FASE: O juízo a quo não reconheceu nenhuma causa de aumento ou diminuição, tendo ainda afastado o benefício do tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Diante da insurgência da Defesa, reconheceu-se o direito do acusado ao referido benefício, conforme exposto alhures, sendo cabível, na presente hipótese, a aplicação da redutora à fração de 2/3. É que a reduzida quantidade da droga apreendida, aliada a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, dão conta de que a redutora deva ser considerada em seu grau máximo – 2/3. Em casos análogo, o STJ assim já decidiu: 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 PENAIAS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À INCIDÊNCIA DA REDUTORA, NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) – Na espécie, não havendo prova da dedicação do agente à atividade criminosa, inexistia óbice à aplicação da causa de diminuição. Tendo em vista a quantidade não elevada das drogas apreendidas – 3,5 gramas de cocaína e 278 gramas de maconha (fl. 22) –, era mesmo possível a aplicação da fração máxima da redutora, em 2/3. – Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 721.508/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 22/02/2020 e p. 25/02/2022) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (CRACK). APONTADA EM MOMENTOS DISTINTOS DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. FRAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA NO PATAMAR MÁXIMO. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. (...) 5. Deve-se considerar, ainda, que a quantidade de crack apreendida, ou seja, cerca de 11g (onze gramas), mostra-se reduzida, e é

fundamento insuficiente para a análise desfavorável do vetor "quantidade da substância", previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que configura o constrangimento ilegal apontado e autoriza o redimensionamento da pena do réu, a fim de que a redutora do tráfico privilegiado seja aplicada na sanção máxima. 6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e concedeu a ordem de ofício, a fim de aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima, reduzindo a pena cominada ao réu para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa. 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 509796 / PR, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 17/10/2019 e p. 25/10/2019) Na mesma linha, a 2ª Turma da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça da Bahia: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33, DA LEI 11.343 /2006. FRAÇÃO MÁXIMA. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343 /06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. A pequena quantidade de droga apreendida, aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo. (TJBA – TJ-BA – APL: 05029223220198050274, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/03/2020) Dessa forma, verifica-se que a pena final imposta ao Apelante deve ser reduzida para 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, associada ao pagamento de 168 (cento e sessenta e oito) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. 5.1 – DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para a Apelante deve ser modificado para o aberto, tendo em vista ser o regime mais adequado ao caso concreto, considerando o quantum da pena fixado (01 ano e 08 meses de reclusão), a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e quantidade e natureza da droga apreendida (27,33g de maconha). 5.2 – DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS É sabido que a análise do cabimento da substituição pretendida deve ter como parâmetro o art. 44, do Código Penal, cujo teor segue abaixo transcrito: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. In casu, nota-se que o Apelante foi condenado à pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática de crime doloso, sem violência e grave ameaça. Demonstrou-se ainda a primariedade e a inexistência de valoração negativa das circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Sobre o tema, calha trazer as lições de Ricardo Augusto Schmitt: Trata-se do último requisito a ser observado para a substituição da pena. Com isso, estando preenchido os requisitos objetivos (pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos e crime cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa – crimes dolosos – ou qualquer que seja a pena aplicada – crimes culposos) e, ainda, estando preenchido o primeiro requisito subjetivo (não ser o

sentenciado reincidente em crime doloso – (...), deverá o julgador averiguar a possibilidade da substituição, baseando-se na análise já feita em relação ao art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais) – já feita, pois serviu de alicerce à fixação da pena-base. Será a partir dessa valoração que o juiz sentenciante deverá motivar a concessão ou denegação do benefício da substituição da pena, sempre visando alcançar a sua suficiência ou não à repreensão da prática delituosa em julgamento. Por isso, por critério de pura coerência, uma vez fixada a pena-base no mínimo legal previsto em abstrato para o tipo, não poderá o julgador negar o benefício da substituição da pena (desde que preenchidos os demais requisitos legais), pois se as circunstâncias judiciais forem consideradas favoráveis, o que conduziu, inclusive, à fixação da pena-base no mínimo legal, não poderão, nessa fase e ao mesmo tempo, ser valoradas de forma desfavorável, visando impossibilitar a concessão do benefício. Se tal situação ocorrer, estar-se-ão claramente ferindo os princípios da isonomia e da proporcionalidade, que devem nortear todas as fases da sentença condenatória. (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, , ed 15 rev. atual., Editora JusPodivm, 2021, pags. 421/422) Esse entendimento, inclusive, está sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. INADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DEVIDA. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 3. In casu, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. O agravado é primário, foi reconhecido o tráfico privilegiado e sua pena definitiva é de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão. 4. Ao contrário do alegado pelo agravante, nem mesmo a quantidade de droga apreendida – 14,1g (catorze gramas e um decigrama) de cocaína e 01 (um) invólucro plástico contendo 1,7g (um grama e sete decigramas) de maconha – justifica o agravamento do regime prisional, por conseguinte, verificava-se a existência de constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado, sendo adequada a colocação do agravado no regime aberto. 5. No caso, verifica-se que as circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas e o agravado é primário, sendo-lhe imposta pena inferior a 4 anos, devendo, pois, ser convertida a pena corporal em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal . 6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC 587.594/SP, p. 13/08/2020) HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTES PRIMÁRIOS, CONDENADOS A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO, NÃO HÁ MAIS QUE SE FALAR EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 3. Hipótese em que o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena basearam-se em alegações genéricas acerca da gravidade do delito. 4. O quantum da condenação (3 anos de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem aos pacientes iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos arts. 33 , §§ 2º e 3º , e 44 , ambos do Código Penal . 5. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. Em consequência, não há mais

que se falar em execução provisória de penas restritivas de direitos. (STJ – HC 521.935/SP, p. 27/09/2019) AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. VIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF – AgR no HC 199.440, p. 07/05/2021) HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. I – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (i) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (ii) o réu não for reincidente em crime doloso; (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (Art. 44 do Código Penal). II – O condenado que preenche os requisitos elencados no art. 44 do CP faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. III – Ordem concedida em parte para determinar que o juízo da execução substitua a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do CP. (HC 134.705, p. 13/03/2017) Assim, tem-se que o pedido da Defesa deve ser acolhido, para que a pena privativa de liberdade seja substituída por duas restritivas de direitos, cuja definição caberá ao juízo da execução penal.

5.3 – DA PRISÃO PREVENTIVA Diante da incompatibilidade da segregação cautelar com a quantidade da pena aplicada e o regime inicial de cumprimento definido nesta instância recursal – aberto, aliado à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conclui-se que a prisão preventiva do Apelante deve ser revogada.

CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso de Apelação interposto pelo acusado e, nesta extensão, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de afastar as circunstâncias judiciais da conduta social do agente, motivos e consequências do crime, além de reconhecer a incidência da hipótese prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, redimensionando-se a pena final para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, associada ao pagamento de 168 (cento e sessenta e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituindo-a por 02 (duas) penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução penal competente. Concedo, ainda, o direito de o Apelante recorrer em liberdade. Confiro a esta decisão força de ALVARÁ DE SOLTURA, em favor do Apelante JONAS DE JESUS SANTOS, brasileiro, natural de Alagoinhas/BA, nascido em 27/03/2001, filho de Osvaldo Leite dos Santos e Jeovania Nascimento de Jesus, portador do RG nº 21.443.772-86 SSP/BA, residente na Rua Moraes Moreira, nº 10, bairro Pirinel, Alagoinhas/BA, a ser imediatamente cumprido, salvo se por outro motivo estiver preso. Salvador/BA, 15 de março de 2022. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora