

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0002223-22.2020.8.05.0191 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ EDILSON DOS SANTOS Advogado (s): MARCUS ANTONIO DE SOUZA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 08 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINARES DE NULIDADE. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE NÃO ATENDERIA AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADAS. PRELIMINAR REJEITADA. NULIDADE DAS PROVAS COLETADAS NA DILIGÊNCIA POLICIAL, EM DECORRÊNCIA DO INGRESSO NO DOMICÍLIO DO APELANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO CONFIGURADA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR AGENTES DE POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO APELANTE PARA A INFRAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. NATUREZA DO ENTORPECENTE AVALIADA NEGATIVAMENTE NA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES OU ATENUANTES. TERCEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. SEM INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MINORANTE REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO REDUTORA FIXADA NA METADE DA PENA APLICADA, CONSIDERANDO A QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDA COM O APELANTE. CABIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STJ (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1906274/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/03/2021, DJe 13/04/2021). REFORMA DE OFÍCIO DAS PENAS IMPOSTAS AO APELANTE, EM RAZÃO DE EVIDENTE ERRO MATERIAL, RESTANDO FIXADAS EM 03 (TRÊS) ANOS, 01 (UM) MÊS E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO 281 (DUZENTOS E OITENTA E UM) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATOS. REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, REDIMENSIONANDO, DE OFÍCIO, AS PENAS IMPOSTAS AO APELANTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação criminal nº 0002223-22.2020.8.05.0191, da comarca de Paulo Afonso, em que figuram como recorrente José Edilson dos Santos e recorrido o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em conhecer e negar provimento ao recurso, redimensionando, de ofício, as penas impostas ao apelante, na esteira das razões explanadas no voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 10 de Fevereiro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0002223-22.2020.8.05.0191 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ EDILSON DOS SANTOS Advogado (s): MARCUS ANTONIO DE SOUZA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 08 RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório constante da sentença (ID 20594040), acrescentando que esta julgou procedente a denúncia, para condenar José Edilson dos Santos, como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe a pena de

03 (três) anos, 01 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de reclusão e ao pagamento de 312 (trezentos e doze) dias-multa, sendo definido o valor do dia-multa no mínimo legal, com posterior substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito. Consta da denúncia, que: “(...) Consta nos autos do inquérito policial instaurado mediante Auto de Prisão em Flagrante, que no dia 26 de maio de 2020, por volta das 17h, na Rua da Serra, s/n, próximo a fonte das pedras, cidade de Santa Brígida/BA, o denunciado, mediante vontade livre e consciente, guardava substâncias entorpecentes em desacordo com determinação legal. Conforme informam os autos do instrumento inquisitivo, no dia, horário e local supramencionados, policiais militares foram informados pelo IPC UILTON GOMES, sobre uma denúncia de que um indivíduo, posteriormente identificado pela pessoa do denunciado, teria recebido uma certa quantidade de droga e que a droga estava em sua residência. Em diligência até o local, o denunciado foi localizado e negou a acusação. Os policiais realizaram buscas e encontraram 588,97g (quinhentos e oitenta e oito gramas e noventa e sete decigramas) de substância análoga a maconha embaixo de uma pedreira e, após a localização da droga, o denunciado conduziu os policiais até uma fruteira onde foram encontradas 07 (sete) porções de pó branco aparentando ser cocaína. Ademais, foram apreendidos também, em posse do denunciado, a quantia de R\$ 107,00 (cento e sete reais) e um aparelho celular, marca Motorola, de cor preta. Laudo de constatação provisória positivo para maconha e cocaína à fl. 16. Em face do exposto, encontra-se o denunciado: – JOSE EDILSON DOS SANTOS, por sua conduta dolosa e, criteriosamente, individualizada, incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. (...)” sic (ID 20593927) Inconformado com o r. decisum, a defesa interpôs recurso de apelação (ID 20594062), com suas respectivas razões (20594119), na qual pleiteou, em preliminar, o reconhecimento da inépcia da inicial acusatória, sob a alegação de encontrar-se a mesma em dissonância com o art. 41 do CPP, assim como o reconhecimento da nulidade das provas obtidas na incursão policial, diante da ausência de autorização judicial para o ingresso na residência do acusado. No mérito requer a absolvição do réu, aduzindo a insuficiência de provas para fundamentar o decreto condenatório, nos termos do art. 386, V e VII do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, postula a desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, para o previsto no art. 28 do mesmo diploma legal. Por fim, caso seja mantido o decreto condenatório, postula a substituição da pena privativa de liberdade por apenas uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviço à comunidade, na razão de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, além de prequestionar a matéria. O Órgão Ministerial apresentou suas contrarrazões (ID 20594125), nas quais se manifestou pelo improvimento do recurso interposto. A Procuradoria de Justiça (ID 21316051), opinou pelo provimento do apelo, para que seja o réu absolvido, prequestionando, ainda, a matéria. É o relatório. Salvador, 28 de janeiro de 2021. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0002223-22.2020.8.05.0191 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ EDILSON DOS SANTOS Advogado (s): MARCUS ANTONIO DE SOUZA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 08 VOTO Encontram-se presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, razão pela qual dele conheço. Passa-se à análise dos argumentos deduzidos pelo apelante. I. INÉPCIA DA INICIAL

ACUSATÓRIA. Analisada a peça vestibular, verifica-se que o Ministério Público atendeu devidamente todos os requisitos formais exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal (ID 20593927). A denúncia expõe os fatos que indicam a existência de crime, qualificou o denunciado e individualizou as pretensas condutas, juntando, por fim, rol de testemunhas, sem obstar, portanto, o pleno exercício da ampla defesa pelo acusado. Nesta direção, consignam as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça: “Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 3. Na espécie, o Ministério Público narrou adequadamente os fatos imputados ao recorrente (...) narrativa que lhe permite o exercício da ampla defesa e do contraditório” (AgRg no RHC 108.162/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/03/2019); “Não é inepta a denúncia que contém a descrição fática do fato delituoso e suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime imputado, com os requisitos mínimos para o início da persecução penal, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa.” (AgRg no REsp 1706677/MA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 04/02/2019). Sobre o tema, preleciona o professor Guilherme de Souza Nucci: (...) é a petição inicial, contendo a acusação formulada pelo Ministério Público, contra o agente do fato criminoso, nas ações penais públicas. (...) Diferentemente da área cível, no processo criminal, a denúncia ou queixa deve primar pela concisão, limitando-se a apontar os fatos cometidos pelo autor (...) sem juízo de valoração ou apontamentos doutrinários e jurisprudenciais. A peça deve indicar o que o agente fez, para que ele possa se defender. (...)” (in Código de Processo Penal Comentado, 11. ed rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 págs. 161/163) Sabe-se, que a peça vestibular acusatória, além dos requisitos formais exigidos no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve demonstrar possibilidade jurídica, interesse genuíno e ser apresentada por parte legítima, escorada em elementos de convicção quanto à existência do crime e sua autoria, demonstrando a seriedade e a idoneidade da pretensão, ou seja, justa causa para que se possa instaurar a ação penal. Segundo a jurisprudência do STJ: “A justa causa é o lastro probatório mínimo exigido para deflagração da ação penal” (APn 737/DF, Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 05/02/2015). Assim, não basta que a denúncia esteja formalmente perfeita, é preciso que se ampare, substancialmente, não em simples opinio delicti do titular da ação, mas em uma demonstrada plausibilidade do direito de punir, o fumus comissi delicti, cuja existência fica sob o controle judicial, não importando a verificação destas condições em antecipação do julgamento do mérito, mas sim em proemial exame da viabilidade da acusação. Nesta direção, ensina a doutrina pátria: “(...) torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública” (JARDIM, Afrânio Silva, in Direito Processual Penal. 11.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002). “Justa causa é o suporte probatório

mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação. (...). Para que se possa dar início a um processo penal, então, há necessidade do denominado fumus comissi delicti, a ser entendido com a plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trate de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, confirmando a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria ou de participação em conduta típica e culpável. (...) a previsão legal do inc. III do art. 395 do CPP teve como objetivo reforçar a importância da justa causa como condição da ação processual penal, sepultando-se, de uma vez por todas, qualquer discussão sobre a necessidade de o juiz analisar, quando recebimento da ação, se há (ou não) lastro probatório suficiente para a instauração do processo penal. Comungamos, pois, do entendimento majoritário segundo o qual a justa causa funciona como verdadeira condição para o regular exercício da ação penal condenatória” (LIMA, Renato Brasileiro de, in Manual de Processo Penal, vol. I, 2.ed., Niterói/RJ: Impetus, 2012, págs. 248/249). No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência do STJ: “O regular exercício da ação penal – que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado – exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Ausente o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal.” (RHC 39.644/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 29/10/2013). Com efeito, vê-se que, na espécie, a descrição dos fatos foram hábeis a refletir a figura típica do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que os indícios de autoria entram-se demonstrados através do auto de prisão em flagrante (ID 20593929 – fl. 02), assim como do termo de interrogatório do acusado (ID 20593929 – fl. 07), e a materialidade do delito está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (ID 20593929 – fl. 04), como também do laudo de constatação (ID 20593929 – fl. 17), que atesta a natureza ilícita das substâncias apreendidas. Nesse panorama, resta demonstrado que a exordial acusatória atende aos pressupostos do art. 41 do CPP, não restando caracterizada, portanto, a inépcia arguida pela defesa. II. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS POR SUPOSTA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. Pleiteia ainda o apelante o reconhecimento da nulidade de todas as provas obtidas após a busca e apreensão realizada na residência do Recorrente, sem prévia autorização judicial. Traz a defesa como fundamento para tal requerimento a alegação de afronta ao art. 5º, incisos XI e LVI da Constituição Federal, uma vez que: “(...) não houve o cometimento de infração que justificasse a violação do asilo do Apelante, não houve expedição de ordem judicial, o que aduz a ilegalidade das provas obtidas por meio da busca domiciliar realizada sem autorização judicial, tendo em vista ausência de evidente estado de flagrância.” (ID 20594119 – fl. 03) A violação de domicílio ocorre quando o ingresso no imóvel se dá de maneira forçada, sem a permissão de seu ocupante, autorização judicial ou fora das demais hipóteses constitucionalmente estabelecidas. No caso em análise, a diligência, que resultou na detenção do recorrente e apreensão das

substâncias entorpecentes, teria ocorrido da forma relatada no termo de depoimento do condutor, cujo trecho transcreve-se abaixo: “(...) DISSE QUE: Encontrava-se de patrulhamento ostensivo no dia de hoje, na cidade de Santa Brígida/BA, quando por volta das 17:00 horas, foram informados pelo IPC UILTON GOMES, lotado na DT de Santa Brígida, sobre uma denúncia de que o indivíduo posteriormente identificado por JOSE EDILSON DOS SANTOS teria recebido uma certa quantidade de droga estando o mesmo na sua residência; QUE, a guarnição comandada pelo depoente se dirigiu a rua da Serra, s/n, próximo a fonte de pedras, sendo o referido indivíduo localizado; QUE, no local o mesmo foi indagado sobre a acusação tendo negado inicialmente, no entanto, com as buscas realizadas foi encontrado uma certa quantidade de erva aparentando ser maconha embaixo de uma pedreira, e após encontrada a maconha o mesmo conduziu os policiais até uma fruteira onde foram encontradas sete porções de pó branco aparentando ser cocaína; QUE, foi dada voz de prisão ao mesmo não tendo reagido ou desacatado a guarnição; QUE, foi feita a apreensão de R\$ 107,00 (Cento e sete reais), em espécie como também um aparelho celular, marca Motorola, preto; QUE, após os procedimentos iniciais se deslocaram a delegacia de polícia de Santa Brígida onde foi feita a devida exibição dos fatos e ato contínuo se deslocaram a esta Unidade Policial de Paulo Afonso para a devida lavratura do flagrante. (...)” (ID 20593929 – fl. 03) No depoimento prestado em juízo pelo SGT/PM Valmir Ferreira da Conceição, este foi firme em afirmar que: “(...) que o acusado mostrou aos policiais onde estava escondida a droga, em uma fruteira; que antes foi encontrado a maconha escondida em baixo de uma pedreira; (...) que no momento da abordagem o acusado estava na porta de sua residência lavando roupa e autorizou a entrada dos policiais na casa e a fazer a busca; quando os policiais encontraram a maconha, o acusado revelou onde estava os papelotes de cocaína; (...)” (mídia disponibilizada no sistema PJE Mídias) Destarte, compulsando os autos, não se verifica qualquer informação de que o ingresso dos policiais no imóvel do apelado ocorreu de forma a caracterizar a violação de domicílio alegada, até porque, consoante acima transcrito, deu-se mediante prévia autorização do acusado. Nesse sentido: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA OU SUPRIMIDA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRELIMINAR. ILICITUDE DE PROVAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. CRIME ÚNICO. MESMO CONTEXTO FÁTICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Rejeita-se a preliminar de nulidade da busca e apreensão domiciliar da arma de fogo quando demonstrado que os policiais tiveram a entrada no imóvel franqueada pelo morador, restando afastada a tese de violação da garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio. 2. Incide no tipo penal descrito no inciso IV do parágrafo único do art. 16 da Lei 10.826/2003 aquele que porta, possui, adquire, transporta, ou fornece arma de fogo com numeração suprimida. 3. Se a arma de fogo com numeração raspada ou suprimida e as munições de uso restrito foram apreendidas no mesmo contexto fático, constituem crime único, e não concurso de crimes, uma vez que o bem jurídico tutelado pela norma penal, a segurança pública, foi violado de uma só vez, por uma única conduta. 4. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do artigo 44, inciso II, do Código Penal, em se tratando de réu reincidente. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida. (TJDFT – APL. 0005580-40.2017.8.07.0003 – 3ª TURMA CRIMINAL – Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR –Data do Julgamento: 12/04/2018– Publicado no DJE : 20/04/2018 . Pág.: 131/138)

Ademais, tratando-se de delito de tráfico de entorpecentes, enquanto a substância ilícita estiver na posse do agente, poderá ser ele preso em flagrante, por se tratar de crime permanente, circunstância que, inclusive, autoriza o ingresso em domicílio, conforme preleciona o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Nesse sentido: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO. INGRESSO EM DOMICÍLIO. AUTORIZAÇÃO POR PESSOA NÃO RESIDENTE NO IMÓVEL. INGRESSO MOTIVADO POR FUNDADAS RAZÕES. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. O trancamento do inquérito ou da ação penal pela estreita via do habeas corpus somente se mostra viável quando, de plano, comprovar-se a inépcia da inicial acusatória, a atipicidade da conduta, a presença de causa extintiva de punibilidade ou, finalmente, quando se constatar a ausência de elementos indiciários de autoria ou de prova da materialidade do crime. 2. Por importar violação de domicílio, o mandado de busca deve ser preciso e determinado, indicando o mais precisamente possível a casa a ser diligenciada, o nome do proprietário (ou morador), não sendo admissível o mandado genérico, sob pena de tornar inviável o controle sobre os atos do Estado contra o direito individual. 3. O tráfico ilícito de entorpecentes é crime permanente, estando em flagrante aquele que o pratica em sua propriedade, ainda que na modalidade de guardar ou ter em depósito. Legítima, portanto, a entrada de policiais para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva. Autorização por pessoa que chama a proprietária (usucapião) da chácara de sogra e é mãe da neta da acusada. Precedentes do STF e do STJ. 4. Neste caso, o contexto fático antecedente mostra riqueza de elementos indicativos da prática delituosa, de modo que não há como acolher o pleito de nulidade das provas obtidas por meio do ingresso dos policiais na residência dos recorrentes. Ad argumentandum tantum, ainda que se desconsidere a autorização de entrada, dada por pessoa não residente no imóvel (hóspede), as demais circunstâncias que envolvem a ocorrência fornecem elementos sobejantes para permitir, em princípio, a providência tomada pelos agentes policiais. 5. De qualquer forma, a moldura fática delineada no acórdão do TJPR não permite alcançar conclusão segura quanto à alegada irregularidade da busca realizada na residência dos recorrentes. Para verificar se o ingresso dos agentes policiais no domicílio foi devidamente autorizado ou se a busca domiciliar foi precedida de averiguação quanto aos fatos narrados na denúncia anônima seria necessária ampla dilação probatória, procedimento incompatível com a via estreita do habeas corpus. Precedentes. 6. Recurso ordinário improvido.” (STJ – RHC: 141544 PR 2021/0015947-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/06/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2021) Gize-se que a defesa, no decorrer da instrução processual, não produziu qualquer prova a respeito da alegada violação de domicílio, ônus que lhe competia, restando tal assertiva isolada de todo o conjunto probatório produzido. Destarte, não comprovando a defesa o vício alegado, resta, também, afastada essa preliminar de nulidade. III. DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. Inicialmente, consigno que está patente nos autos a existência de lastro probatório apto a robustecer o pedido da acusação, tendo em vista a comprovada materialidade e autoria delitivas no caso concreto, conforme se infere dos depoimentos das testemunhas de acusação prestados em juízo, assim como das demais provas colhidas na fase policial, tais como, o Auto de Prisão em Flagrante (ID 20593929 – fl. 02), o Auto de Exibição e Apreensão (ID 20593929 – fl. 04) e o Laudo Pericial Definitivo (ID

20593980), que comprova o caráter ilícito das substâncias apreendidas. Neste sentido, seguem abaixo as sínteses dos depoimentos colhidos no processo. A testemunha da acusação, SGT/PM Valmir Ferreira da Conceição, relatou que: “(...) que participou da prisão em flagrante do acusado; que chegou ao depoente, através de informação do agente da civil de que o acusado estava traficando em sua residência; que se deslocaram até o local para averiguar, onde foi constatado o fato; que no momento em que chegaram o acusado se encontrava em casa, mas não estava vendo droga; que o acusado mostrou aos policiais onde estava escondida a droga, em uma fruteira; que antes foi encontrado a maconha escondida em baixo de uma pedreira; que as drogas apreendidas foram alguns papérols de cocaína e uma pequena porção de maconha; que a cocaína foi encontrada na fruteira, na parte exterior da casa, no muro; que a maconha também foi encontrada no terreiro, no muro também, debaixo de uma pedreira só que mais distante da casa; que foi a primeira vez que prendeu o acusado; que a guarnição era formada pelo depoente, Rosemberg e mais dois patrulheiros; que no momento da prisão, na casa estava apenas o acusado; que também foi apreendido dinheiro com o acusado, não se lembrando a quantidade; que o acusado confirmou a propriedade da droga; que foi ele mesmo que levou os policiais na fruteira, local onde se encontrava os papérols de cocaína; que o acusado não disse como conseguiu a droga; que ele e os outros policiais encontravam-se de serviço na cidade de Santa Brígida, quando foram informados pelo agente Uilton de que o acusado tinha acabado de receber uma certa quantidade de drogas; que se deslocaram a residência do acusado onde foi constatado o fato; mas parece que o acusado já tinha passagem por esse tipo de crime; que o agente não lhe informou se havia ou não uma investigação acerca do acusado; que no momento da abordagem o acusado estava na porta de sua residência lavando roupa e autorizou a entrada dos policiais na casa e a fazer a busca; quando os policiais encontraram a maconha, o acusado revelou onde estava os papérols de cocaína; que já tinha visitado o acusado na delegacia, mas nunca tinha tido contato com ele; que ficou sabendo que o acusado já havia sido preso por tráfico de drogas.” (mídia disponibilizada no sistema PJE Mídias) (g.n) O SD/PM Rosemberg Nunes Peixoto narra que: “(...) que participou da diligência que prendeu em flagrante José Edilson; que o agente de polícia, que trabalha em Santa Brígida, Uilton, nos informou que o mesmo já praticava tráfico de drogas nessa parte de Santa Brígida e que já tinha diversas passagens pela polícia; que havia chegado uma quantidade de drogas, mas ele não tinha abordado o acusado porque estava sozinho e o acusado estava na garupa de uma moto em companhia de outra pessoa e tinha uma outra moto junto com ele fazendo a escolta; que assim que chegaram em Santa Brígida foram informados pelo agente, e saíram em diligência e encontraram a droga na residência do acusado; que quando foi abordado o acusado estava na porta de casa; que encontraram primeiramente uma quantidade aparentemente de maconha que estava embaixo de um rochedo; que foi ele mesmo quem encontrou a droga; que depois o acusado lhes mostrou numa fruteira, que tinha umas canaletas, uma outra quantidade de um pó branco, aparentemente cocaína que tinha escondido; que a cocaína estava acondicionada em saquinhos e a maconha estava em um saco enterrado no quintal; que a cocaína foi dentro da residência e a maconha foi no quintal debaixo de uma rocha; que ele disse que morava com uma mulher, mas estava sozinho; que estava na guarnição em companhia do Sargento Valmir e os Soldados Márcio e Ferreira Alves; que não conhecia o acusado, que sabia que ele tinha várias passagens pela polícia; que o acusado disse que era usuário e que vendia

para se sustentar; que na carteira do acusado tinha diversas notas de dinheiro trocado, de R\$10,00 R\$5,00; que o agente Uilton informou apenas o que o depoente relatou; que o acusado já foi preso por homicídio junto com o irmão; que cometeram o crime em Santa Brígida e fugiram para São Paulo onde foram presos, sendo que o irmão parece que é falecido, e por tráfico; que quando a guarnição chega na região eles correm pela pedreira e se evadem; que inclusive o acusado fez essa passagem pela pedreira pra isso, foi o que o agente Uilton lhes falou; que o acusado disse que pega a droga em Paulo Afonso, mas disse que não conhece o fornecedor.” (mídia disponibilizada no sistema PJE Mídias) (g.n) O apelante, tanto na fase extrajudicial como na judicial, negou ter praticado o crime que lhe fora imputado, contudo, não foi hábil em apresentar prova contrária às afirmações contidas no processo. Não se pode duvidar, nem relativizar a credibilidade do depoimento prestado pelos agentes policiais, pois não há qualquer elemento concreto que ponha em dúvida a veracidade das informações. Nesse sentido, assim tem se posicionado a jurisprudência: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 RECURSO DO 1º E 2º RECORRENTES: 1) PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE ENTORPECENTES – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS VALIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS – 2) APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 INOCORRÊNCIA – 3) DECOTE DO ARTIGO 40, VI, DA LEI ANTIDROGAS INVIABILIDADE 4) RECURSO DO 1º RECORRENTE: DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE PREJUDICADO 5) RECURSO DO 2º RECORRENTE – PEDIDO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS COMPETÊNCIA – JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES RECURSOS IMPROVIDOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS A ADVOGADO DATIVO. 1) Diante da análise do caderno processual, constata-se indícios fortes e suficientemente conclusivos para a condenação dos recorrentes pelo crime de tráfico de drogas, estando sobejamente demonstrada pelos depoimentos testemunhais prestados pelos policiais que efetivaram a prisão em flagrante do recorrente, bem como da apreensão dos entorpecentes de que tinha posse. Válido é o depoimento do policial. A prova testemunhal obtida por depoimento destes agentes não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Quanto a alegação das defesas dos recorrentes de que a droga apreendida era para consumo, é sabido que nada impede que possa coexistir, numa mesma pessoa, as duas figuras – usuário e traficante – daí, pois, ainda que no caso focado os agentes possam ser usuários, restou demonstrado que os mesmos praticavam conduta dirigida para a vontade de traficar ilicitamente substância entorpecente. Ressalta-se que para aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, é necessário que reste comprovado que o acusado seja primário, tenha bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, o que não é o caso dos recorrentes. No tocante ao pedido das defesas pelo decote da majorante contida no inciso VI, do artigo 40, da Lei de Drogas, afasto-o categoricamente, haja vista a comprovação da participação da adolescente nas práticas ilícitas. A imposição do pagamento das custas processuais decorre da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 804, CPP, sendo que eventual concessão de isenção fica relegada ao juízo da execução. Tenho que o representante postulatório faz jus a receber honorários advocatícios, uma vez que o nobre causídico realizou com

presteza e eficiência o ofício que lhe foi conferido, em todas as oportunidades de defesa do réu. 2) APELOS IMPROVIDOS. TODAVIA, DEFERIMENTO DO REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS AO ADVOGADO DATIVO DO 1º RECORRENTE. (TJ- ES - APL: 00432673420128080024, Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO, Data de Julgamento: 06/12/2017, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/12/2017) (g.n) Nesses termos, como há harmonia entre as provas produzidas, tanto na fase investigativa quanto em juízo, impositiva a manutenção da sentença recorrida, no que tange ao reconhecimento da materialidade e autoria delitiva do crime imputado ao apelante. Nesse panorama, não há como desclassificar a conduta do Recorrente para a figura prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, como pleiteado pela defesa, devendo ser mantida a sua condenação na sanção prevista no art. 33 do mesmo diploma legal. IV – REVISÃO DA DOSIMETRIA. No tocante à fixação das penalidades ao acusado, o Juízo a quo assim fundamentou a sentença condenatória: “(...) No entanto, considerando que foram mais de quinhentos gramas de drogas, a fração de diminuição da pena deverá ser aplicada apenas em metade, sob pena da pena definitiva demonstrar-se insuficiente para a reprimenda da conduta praticada. (...) Por todos esses elementos, a condenação do acusado nas penas do art. 33, da Lei de Drogas, é medida que se impõe. Seguindo o critério dos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59, do Código Penal, considerando que a reprovabilidade social da conduta não extravasa o ordinário; o acusado não ostenta maus antecedentes visto que não possui condenação criminal transitada em julgado; não há maiores elementos nos autos para aferir a personalidade e a conduta social do acusado; as circunstâncias são desfavoráveis, visto que a uma das drogas apreendidas era “cocaína”, uma das mais nocivas disponíveis no mundo do tráfico; as consequências não exacerbam o tipo, portanto, fixo a pena base por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, fixado o valor unitário do dia multa em um trigésimo do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes ou atenuantes de pena, por isso, a pena continua fixada no patamar anterior. Na terceira fase, não há causas de aumento. Contudo, é mister ressaltar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; notadamente, o réu preenche os requisitos necessários para sua aplicação, visto que não possui antecedentes criminais, é primário, não restou comprovada sua dedicação à atividade criminosas, bem como nos autos não possuem elementos que comprovem sua integração em organizações criminosas, portanto, reduzo a pena no patamar intermediário de 1/2, tornando-a definitiva em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de reclusão e ao pagamento de 312 (trezentos e doze) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. O Plenário do STF, no HC 111.840, declarou inconstitucional a obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente de condenação por crime hediondo ou equiparado. Portanto, torna-se possível que traficantes de pequeno porte tenham a pena privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Por fim, é cabível a substituição da sanção corporal por restritiva de direito quando preenchidos os requisitos do artigo 44 do CP. Ressalte-se que a Resolução 05/2012 do Senado Federal suspendeu a vedação de conversão em penas

restritivas de direitos previstas no art. 44 da Lei de Drogas, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS. O réu poderá apelar da presente condenação em liberdade, notadamente, diante da reprimenda aplicada e, ainda, de sua substituição por pena não privativa de liberdade. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos contidos na denúncia para os fins de condenar o réu JOSÉ EDILSON DOS SANTOS, qualificado nos autos, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e ao pagamento de 312 (trezentos e doze) dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo, vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 33, S 4º, da Lei nº 11.343/06, pena esta que substituo por duas restritivas de direitos: a) prestação de serviços em órgão/entidade a ser indicada pelo juízo da execução penal, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação – respeitada a detração penal e; b) limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, a ser indicado pelo juízo da execução penal e respeitada a detração penal. (...)” (ID 20594040 – fls. 15/16) (g.n) No que tange à análise das circunstâncias judiciais, dentre as elencadas no art. 59 do Código Penal e as previstas no art. 42 da Lei de Tóxicos, foi valorada negativamente a atinente às circunstâncias do crime, em decorrência da natureza do entorpecente apreendido, in caso, cocaína, razão pela qual estabeleceu a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, à fração de 1/8, fixando-a em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. Vê-se que a fundamentação apresentada pelo juiz a quo para valorar negativamente a referida circunstância judicial foi apta e idônea a ensejar a majoração da pena-base acima do mínimo legal, em patamar adequado, não merecendo reforma. Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas, agindo com acerto o Juízo de primeiro grau. Já na terceira fase, não há causa de aumento de pena, no entanto, subsiste a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo que o juízo a quo, verificando presentes os requisitos legais para sua concessão, modulou a fração de redução da pena em 1/2 (metade), considerando a quantidade dos entorpecentes apreendidos. Ao assim proceder, agiu acertadamente o julgador, uma vez que totalmente possível a utilização da natureza da droga para majorar a pena-base na primeira fase e a quantidade dos entorpecentes apreendidos na terceira fase da dosimetria, sem implicar em bis e idem. Nesse sentido: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. É entendimento desta Corte que a utilização concomitante da natureza da droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e a quantidade de droga, na terceira fase, não configura bis in idem. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE n. 666.334/RG, Rel.: Min. Gilmar Mendes, DJ de 6/5/2014). Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1906274/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/03/2021, DJe 13/04/2021) PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

AUTORIA E MATERIALIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUCTA PARA PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. INCABÍVEL. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENHIDAS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. Conjunto probatório que, na espécie, revela a prática de tráfico de drogas e obsta a desclassificação da conduta para aquela do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. É possível usar a natureza da droga na primeira fase do cálculo para definir a pena-base e a quantidade na terceira, para determinar o grau de redução da pena com base no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não ocorrendo bis in idem. Precedentes do STJ. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque presente o óbice do inciso I do artigo 44 do Código Penal. Apelo defensivo desprovido. Recurso ministerial parcialmente provido. (Apelação Criminal. 1ª Turma Criminal. Processo Número 0000199-23.2018.8.07.0001; Relator: Des. Marrio Machado; Data de Julgamento: 21/03/2019; Data da Publicação: 27/03/2019. Pág. 138/149) (g.n) No caso em voga, deve ser mantida a fração de diminuição modulada pelo juiz a quo por se mostrar proporcional e razoável ao presente caso. Assim, resta estabelecida a pena em definitivo do Apelante em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, restando reformada a sentença, neste particular, apenas em relação à quantidade de dias de reclusão impostos ao apelante. No que tange à pena de multa imposta, fora na primeira fase fixada em 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias multa e na terceira fase em 312 (trezentos e doze), no entanto, para que guarde simetria e proporcionalidade com a pena corporal imposta, deve ser a mesma redimensionada, restando fixada em definitivo em 281 (duzentos e oitenta e um) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Em face da pena corporal imposta, bem como das circunstâncias judiciais do delito, deve ser fixado o regime aberto como o inicial de cumprimento da pena, ex vi art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Por fim, uma vez preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, ficam mantidas as duas penas restritivas de direito impostas pelo juiz a quo em substituição à privativa de liberdade, por se mostrarem adequadas para a reprovação e prevenção do crime cometido pelo réu, restando, assim, indeferido o pleito da defesa de redução para apenas uma pena restritiva de direito. V. PREQUESTIONAMENTO Por fim, quanto ao prequestionamento, formulado tanto pela defesa quanto pelo Ministério Público, deve-se destacar que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas declinar os motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxe manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. VI. CONCLUSÃO Destarte, voto no sentido de conhecer da apelação, negando-lhe provimento, redimensionando, de ofício, as penas impostas ao apelante. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR