

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0509377-56.2019.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Jorge Luís Malaquias Santos Advogado: Dr. Roberto Borba Moreira Filho (OAB/BA: 63.344) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Patrícia Lima de Jesus Santos Origem: 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS, SOB A ALEGATIVA DE QUE FORAM OBTIDAS ILICITAMENTE POR MEIO DE SUPOSTA INVASÃO DOMICILIAR. INACOLHIMENTO. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DILIGÊNCIA POLICIAL PRECEDIDA DE FUNDADAS RAZÕES QUE LEVARAM À SUSPEITA DA PRÁTICA DELITIVA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E, SUBSIDIARIAMENTE, DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006). NÃO CABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO PELA INFRAÇÃO PENAL TIPIFICADA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL, ARGUINDO QUE A QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO NÃO JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO DAS REPRIMENDAS. INALBERGAMENTO. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE MACONHA. EVIDENCIADA A MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA. INCREMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE DESLOCADA PARA VALORAÇÃO NA 3ª FASE DA DOSIMETRIA, COM A CONSEQUENTE REDUÇÃO DAS BASILARES AO PATAMAR MÍNIMO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ACOLHIMENTO PARCIAL. AFASTAMENTO DO REDUTOR COM BASE EM CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR AO DELITO ANALISADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM, DE FORMA SEGURA, A DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS EM 1/5 (UM quinto), LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A QUANTIDADE e NATUREZA do entorpecente apreendido e AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. PENAS DEFINITIVAS REDIMENSIONADAS, COM A MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL PARA O ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA pena privativa de liberdade POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/5 (um quinto), redimensionando as penas definitivas do Apelante para 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Jorge Luís Malaquias Santos, representado por advogado constituído, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Narra a exordial acusatória (ID. 47079499), in verbis, que “[...] no dia 08 novembro de 2018, aproximadamente às 11h20min, o Denunciado fora preso em flagrante delito por ter em depósito e cultivar, para ser entregue a terceiros, substância entorpecente de uso proscrito, sem autorização ou em

desacordo com determinação legal ou regulamentar. [...] no aludido dia e horário, a guarnição 9.3920, composta de policiais militares lotados na 39ª CIPM, em incursão no Bairro de Pituaçu, Nesta Capital, na localidade conhecida como ALTO DO SÃO JOÃO, e ao passarem por uma rua um pouco mais estreita, sentiram um forte odor de maconha saindo de uma residência. Os policiais resolveram averiguar a residência, bateram na porta e questionaram ao morador a razão do forte odor de maconha, que lhes informou que estava fazendo uso de maconha. O morador foi identificado como Jorge Luís Malaquias Santos, ora denunciado. Ato contínuo, realizada abordagem e busca residencial no imóvel do Denunciado, os policiais lograram encontrar em um dos cômodos da casa uma estufa com pés de maconha plantados individualmente e instalações elétricas destinadas ao cultivo de maconha. Bem assim, encontraram na residência um saco de erva seca de maconha e dentro da geladeira uma certa quantidade de maconha prensada. Foram apreendidos 09 (nove) vasos de mudas de maconha, um recipiente pequeno contendo sementes de maconha, 01 (uma) balança de precisão, quebrada, 04 (quatro) transformadores pretos, dois capacitores de energia e um cilindro verde, utilizado como “maeiro” e três lâmpadas, além de um saco grande contendo maconha e uma balança de precisão. Auto de Exibição e Apreensão de fl. 10 do Inquérito Policial. O Laudo de Constatação da droga 2018 00 LC 053087-01 (fls. 17) atestou que o material A apreendido consiste em 485,91 g (quatrocentos e oitenta e cinco gramas e noventa e sete centigramas) de maconha distribuída em 02 (duas) porções da erva, uma maior embalada em plástico na cor parda e outra no interior de uma lata em metal e o material B apreendido consiste em espécime vegetal jovem, constituída de galhos e folhas de coloração verde-claro, atestou que o material A e B apreendido foi constatado como POSITIVO para Maconha. [...]” (sic). III – Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 47080730), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 47080732), preliminarmente, a nulidade das provas, sob a alegativa de que foram obtidas ilicitamente por meio de suposta invasão domiciliar, com o consequente desentranhamento e prolação de édito absolutório. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória, aduzindo que os depoimentos dos policiais são contraditórios, devendo ser observados os princípios in dubio pro reo e presunção de inocência; subsidiariamente, a desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele capitulado no art. 28 da Lei nº 11.343/06; a aplicação das penas-base no mínimo legal, ao argumento de que a quantidade de entorpecente apreendido não justifica a exasperação realizada na origem; bem como a incidência da causa de diminuição disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços). IV – Não merece acolhimento a preliminar de nulidade das provas, sob a alegação de que foram obtidas por meio ilícito em razão da aventada invasão de domicílio. Conforme entendimento consolidado no E. Superior Tribunal de Justiça, embora o art. 5º, inciso XI, da Carta Magna garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, admitindo relativização em caso de flagrante delito, consoante disciplinado no texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal definiu, em sede de repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem a ocorrência, no interior da casa, de situação de flagrante delito (RE 603.616/T0, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/5/2016). Nessa linha de raciocínio, o

ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. Em outras palavras, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. V – In casu, conforme os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, a apreensão das drogas concretizada no domicílio do Apelante foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática de crime. Isso porque, o cotejo das provas produzidas em Juízo (IDs. 47080701 e 47080710) com os elementos colhidos na fase preliminar (IDs. 47079500, págs. 03/06) evidencia que os agentes estatais realizavam incursões na região do Alto do São João, havendo informações da ocorrência de tráfico de drogas na localidade, quando sentiram um forte odor de maconha e fumaça provenientes da residência do Réu, pelo que para lá se dirigiram, e, ao baterem à porta, a entrada foi franqueada pelo acusado, o qual alegou que estava fazendo uso de droga, encontrando os policiais, após revista no imóvel, entre outros, uma estufa com plantação de maconha, transformadores, capacitores de energia, lâmpadas, sementes, um saco grande contendo a mesma substância entorpecente, bem como balança de precisão. VI – Ademais, o próprio Recorrente, ao prestar esclarecimentos na esfera investigativa, asseverou que “os policiais não informaram ao interrogado o motivo de estarem em sua casa, mas acredita que o cheiro da erva tenha levantado suspeitas dos mesmos”, aduzindo que estava fumando um cigarro de maconha, bem assim que foram encontrados pés de maconha em sua residência (ID. 47079500, págs. 07/08), circunstâncias que, aliadas aos materiais apreendidos, corroboram o forte odor de maconha sentido pelos policiais ainda do lado de fora do imóvel, evidenciando a credibilidade do quanto por eles relatado, na esteira do entendimento esboçado pela Corte Superior de Justiça ao julgar o HC n. 697.057/SP, DJe 3/3/2022. VII – Nesse contexto, embora o acusado tenha negado que autorizou a entrada dos agentes públicos em seu domicílio (ID. 47080708), as informações da ocorrência de tráfico de drogas na localidade onde situada a casa do Apelante e o forte cheiro de maconha oriundo da residência dele demonstram a existência de prévias e fundadas suspeitas, a indicar que no interior do imóvel havia situação de flagrante delito, justificando a atuação policial, cujo resultado confirmou a suspeita da prática de tráfico de entorpecentes, delito cuja consumação, por possuir natureza permanente, protraí-se no tempo. Assim, caracterizada a justa causa (existência de fundadas razões que levaram à suspeita da prática de crime) para a entrada em residência sem autorização judicial e independente do consentimento do morador, afasta-se o direito à inviolabilidade domiciliar, não restando comprovada, in casu, a ilicitude das provas oriundas da diligência policial empreendida, tampouco as delas derivadas (art. 157 do Código de Processo Penal). Rejeita-se, portanto, a sobredita preliminar. VIII – No mérito, o pleito absolutório não deve ser albergado. In casu, conquanto o Recorrente tenha negado em ambas as fases da persecução penal a prática delitiva que lhe foi imputada (ID. 47079500, págs. 07/08 e ID. 47080708), aduzindo que plantava dois ou três pés de maconha para uso pessoal, verifica-se que a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 47079500, pág. 11); o Laudo Pericial Toxicológico (ID. 47079500, pág. 22), no qual se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 485,97g (quatrocentos e oitenta e

cinco gramas e noventa e sete centigramas), acondicionados em duas porções, além de espécime vegetal jovem, todos de tetrahydrocannabinol (THC), substância conhecida como “maconha”, de uso proscrito no Brasil; bem como os depoimentos prestados, em sede preliminar, pelo SD/PM Emerson Pereira da Silva, e, em Juízo, pelos SD/PM Alessandro Henrique Diniz da Silva e SGT/PM David Miranda de Lima. IX – Apesar das razões ventiladas pela Defesa, observa-se que os policiais apresentaram depoimentos congruentes a respeito dos fatos durante a audiência instrutória, como minudenciado alhures, narrando de forma harmônica a diligência realizada, em consonância com o relatado na esfera extrajudicial, apontando a apreensão de todo material ilícito na residência do Apelante, cabendo destacar que eventuais discrepâncias porventura existentes entre os relatos prestados pelos policiais, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de situações das mais diversas naturezas. X – Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos com os demais elementos e circunstâncias colhidos nos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com a intenção de prejudicar o Sentenciado, não havendo elementos que evidenciem a ocorrência de rixa anterior com o Apelante, o qual não era conhecido pelos policiais de diligências anteriores. XI – Destaca-se que o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, estabelece que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Como visto, o Juiz não poderá proferir sentença condenatória baseada tão somente em elementos de convicção colhidos durante a fase inquisitiva. De outro lado, o decisio condenatório pode considerar os elementos produzidos nos autos do inquérito policial, desde que sua veracidade tenha sido confirmada pelas provas amealhadas em Juízo, sob o crivo do contraditório, como na situação em apreço. XII – Nesse viés, o Magistrado a quo consignou: “Observa-se que as testemunhas de acusação se recordaram da diligência, afirmando ter ocorrido a partir de ronda de rotina, quando sentiram forte odor de maconha que os levaram à casa do Acusado, assim como ao encontro da elaborada estufa situada em um dos quartos do imóvel do Réu, para cultivo de maconha. Acresce-se, ainda, ser a área conhecida pelo tráfico de drogas, bem como ter restado registrada a apreensão de mais de quatrocentos gramas do psicotrópico para além do material de seu cultivo, ramos/mudas, terra, lâmpadas fluorescentes e ultravioleta etc. Neste sentido, tem-se que os Policiais, desde os depoimentos colhidos em Delegacia até os prestados em juízo, mantiveram incólumes suas versões dos fatos, inexistindo controvérsia entre as falas”. XIII – Vale lembrar que não é incomum a figura do usuário-traficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício, bem assim que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art.

33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. XIV – Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, para “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Na hipótese em testilha, a quantidade de droga apreendida (485,97g de maconha); a forma em que estava acondicionada, sendo a maior porção em saco plástico e a outra no interior de uma pequena lata em metal; o fato de também ter sido encontrada estufa com plantação de “maconha” e diversos materiais para o cultivo, bem como balança de precisão; além das informações sobre a ocorrência de tráfico de drogas na localidade, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos. XV – Consoante ponderado pelo Sentenciante: “Embora o Réu tenha arguido que plantava maconha para uso próprio, as provas dos autos fragilizam a sua versão. Os Agentes descreveram, desde a delegacia, detalhes da rebuscada estufa caseira montada pelo Acusado e a potencialidade de produção desta. Ainda, foi encontrada, na residência deste, maconha já propícia para uso e venda, tratando-se de 485,97g (quatrocentos e oitenta e cinco gramas e noventa e sete centigramas) da substância. Tais elementos nos revelam, portanto, que a conduta do Réu amolda-se ao núcleo do tipo penal “ter em depósito” do tráfico de drogas, muito além do que apenas aquele descrito pelo art. 28 da mesma legislação. Ademais, sabe-se que muitos traficantes utilizam do material que vendem, assim como não há óbices para usuários praticarem também o tráfico a fim de obter renda para sustentar os vícios”. XVI – Registre-se que o Juiz de origem, idoneamente, fundamentou a não ocorrência do concurso material entre o crime de cultivo de psicotrópico (art. 33, § 1º, II, da Lei 11.343/06) e o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06), pontuando a ausência de condutas autônomas, uma vez que “as provas apresentadas levaram ao entendimento de que a produção caseira das drogas, bem como as já cultivadas, se destinavam à traficância”. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Recorrente pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em absolvição pela incidência do princípio in dubio pro reo, tampouco em desclassificação para o ilícito de posse de droga para uso próprio. XVII – Na sequência, passa-se ao exame da dosimetria das penas. A Defesa pleiteia a aplicação das penas-base no mínimo legal, ao argumento de que a quantidade de droga apreendida não justifica a exasperação realizada na origem, entretanto, razão não lhe assiste. Na primeira fase, o Juiz a quo fixou as penas-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, diante da valoração negativa tão somente de circunstância preponderante relativa à quantidade do entorpecente apreendido, destacando ter sido razoável, por se tratar de aproximadamente meio quilograma de maconha, fundamentação que se afigura idônea, pois, contrariamente ao aventado pelo Apelante, evidencia maior gravidade da conduta do que a ínsita ao tipo penal, tendo em vista o maior perigo de dano à saúde pública, materializado na quantidade de substância que seria disseminada, afigurando-se, ainda, adequado o quantum de aumento de pena estabelecido. XVIII – Em situação similar, o Tribunal da Cidadania já se manifestou pela possibilidade de aumento das reprimendas-base: “Como

é cediço na jurisprudência desta Corte Superior e nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos podem servir como fundamento suficiente para exasperar a reprimenda básica. No caso dos autos, apesar da quantidade apreendida não se revelar exacerbada, também não pode ser considerada irrelevante [500 gramas de maconha], de modo que o incremento de 6 meses na pena-base se encontra justificado e atende ao princípio da proporcionalidade” (STJ, AgRg no REsp n. 1.960.382/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022 – trecho extraído do inteiro teor). XIX – Todavia, considerando a compreensão adotada pelos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido será sopesada apenas na terceira fase da dosimetria, em observância à regra non bis in idem, bem como ao princípio da individualização das penas, que deve nortear o magistrado na aplicação das reprimendas. Sobre o tema: “A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712)” (STJ, REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). Logo, deslocada a aludida circunstância preponderante para ser observada na última etapa, mister redimensionar as penas-base ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, as quais ficam mantidas como provisórias na segunda fase, tendo em vista a ausência de agravantes ou atenuantes. XX – Avançando à terceira fase, o Magistrado singular afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação: “o Réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher todos os requisitos legais exigíveis. [...] o Réu foi novamente flagrantado pelo crime de tráfico de drogas, fato pelo qual restou condenado nestes autos, enquanto já respondia criminalmente pela mesma imputação delitiva, conforme processo n. 0528788-85.2019.8.05.0001. Assim, há demonstração de ser o Acusado envolvido na prática de atividade criminosa, com destaque ao tráfico, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos”. Portanto, constata-se que foi utilizada condenação definitiva por fato posterior ao crime em apreço para afastar a aplicação do mencionado redutor. XXI – Como cediço, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Ademais, o STJ já se manifestou no sentido de não ser cabível “negar ou modular a incidência da minorante do tráfico privilegiado com amparo em fatos posteriores ao delito”, mesmo que referentes a condenações

transitadas em julgado. XXII – Nesse cenário, embora o Apelante ostente condenação definitiva também pelo delito de tráfico de drogas, praticado posteriormente ao fato em análise, em consonância com o hodierno entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Recorrente a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Registre-se, por oportuno, que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). XXIII – Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida, acondicionada em um saco plástico e no interior de uma pequena lata em metal, conforme já ponderado em linhas pretéritas, demonstram maior gravidade da conduta, fatores que, aliados às circunstâncias do flagrante, no qual foram encontrados, ainda, uma estufa com pés de maconha plantados individualmente e instalações elétricas destinadas ao cultivo da planta, 9 (nove) vasos de mudas do referido psicotrópico, sementes de maconha e balança de precisão, justificam a não incidência da minorante em seu grau máximo, por denotarem maior grau de imersão do Recorrente na traficância, reputando-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/5 (um quinto), a título de reprovação e prevenção do delito praticado. XXIV – Cumpre salientar não haver nenhuma reformatio in pejus, seja direta ou indireta, na operação de deslocamento de circunstância preponderante da primeira para a terceira fase do cálculo dosimétrico, visando proceder à escorreita individualização das penas, até porque, consoante uníssono posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, “[pode] a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. É permitido ao Tribunal de Justiça, se provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem” (AgRg no HC n. 801.066/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023). XXV – Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/5 (um quinto), restam as reprimendas definitivas redimensionadas para 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a modificação do regime prisional inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal), sendo cabível, ainda, diante do quantum de pena e da ausência de violência ou grave ameaça à pessoa na prática delitiva, a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44 do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. XXVI – Parecer da

Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo, a fim de que seja reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com a redução da pena imposta ao Apelante. XVII – PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/5 (um quinto), redimensionando as penas definitivas do Apelante para 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0509377-56.2019.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante, Jorge Luís Malaquias Santos, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer do Recurso, REJEITAR A PRELIMINAR, e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, a fim de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/5 (um quinto), redimensionando as penas definitivas do Apelante para 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 19 de Dezembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0509377-56.2019.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Jorge Luís Malaquias Santos Advogado: Dr. Roberto Borba Moreira Filho (OAB/BA: 63.344) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Patrícia Lima de Jesus Santos Origem: 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Jorge Luís Malaquias Santos, representado por advogado constituído, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 47080725), a ele acrescendo o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 47080730), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 47080732), preliminarmente, a nulidade das provas, sob a alegativa de que foram obtidas ilicitamente por meio de suposta invasão domiciliar, com o consequente desentranhamento e prolação de édito absolutório. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória, aduzindo que os depoimentos dos policiais são contraditórios, devendo ser observados os princípios in dubio pro reo e

presunção de inocência; subsidiariamente, a desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele capitulado no art. 28 da Lei nº 11.343/06; a aplicação das penas-base no mínimo legal, ao argumento de que a quantidade de entorpecente apreendido não justifica a exasperação realizada na origem; bem como a incidência da causa de diminuição disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços). Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção do decisio recorrido (ID. 47080741). Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo, a fim de que seja reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com a redução da pena imposta ao Apelante (ID. 48723824). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0509377-56.2019.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Jorge Luís Malaquias Santos Advogado: Dr. Roberto Borba Moreira Filho (OAB/BA: 63.344) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Patrícia Lima de Jesus Santos Origem: 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Jorge Luís Malaquias Santos, representado por advogado constituído, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a exordial acusatória (ID. 47079499), in verbis, que “[...] no dia 08 novembro de 2018, aproximadamente às 11h20min, o Denunciado fora preso em flagrante delito por ter em depósito e cultivar, para ser entregue a terceiros, substância entorpecente de uso proscrito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. [...] no aludido dia e horário, a guarnição 9.3920, composta de policiais militares lotados na 39ª CIPM, em incursão no Bairro de Pituaçu, Nesta Capital, na localidade conhecida como ALTO DO SÃO JOÃO, e ao passarem por uma rua um pouco mais estreita, sentiram um forte odor de maconha saindo de uma residência. Os policiais resolveram averiguar a residência, bateram na porta e questionaram ao morador a razão do forte odor de maconha, que lhes informou que estava fazendo uso de maconha. O morador foi identificado como Jorge Luís Malaquias Santos, ora denunciado. Ato contínuo, realizada abordagem e busca residencial no imóvel do Denunciado, os policiais lograram encontrar em um dos cômodos da casa uma estufa com pés de maconha plantados individualmente e instalações elétricas destinadas ao cultivo de maconha. Bem assim, encontraram na residência um saco de erva seca de maconha e dentro da geladeira uma certa quantidade de maconha prensada. Foram apreendidos 09 (nove) vasos de mudas de maconha, um recipiente pequeno contendo sementes de maconha, 01 (uma) balança de precisão, quebrada, 04 (quatro) transformadores pretos, dois capacitores de energia e um cilindro verde, utilizado como “maeiro” e três lâmpadas, além de um saco grande contendo maconha e uma balança de precisão. Auto de Exibição e Apreensão de fl. 10 do Inquérito Policial. O Laudo de Constatação da droga 2018 00 LC 053087-01 (fls. 17) atestou que o material A apreendido consiste em 485,91 g (quatrocentos e oitenta e cinco gramas e noventa e sete centigramas) de maconha distribuída em 02 (duas) porções da

erva, uma maior embalada em plástico na cor parda e outra no interior de uma lata em metal e o material B apreendido consiste em espécime vegetal jovem, constituída de galhos e folhas de coloração verde-claro, atestou que o material A e B apreendido foi constatado como POSITIVO para Maconha. [...]” (sic). Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 47080730), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 47080732), preliminarmente, a nulidade das provas, sob a alegativa de que foram obtidas ilicitamente por meio de suposta invasão domiciliar, com o consequente desentranhamento e prolação de édito absolutório. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória, aduzindo que os depoimentos dos policiais são contraditórios, devendo ser observados os princípios in dubio pro reo e presunção de inocência; subsidiariamente, a desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele capitulado no art. 28 da Lei nº 11.343/06; a aplicação das penas-base no mínimo legal, ao argumento de que a quantidade de entorpecente apreendido não justifica a exasperação realizada na origem; bem como a incidência da causa de diminuição disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços). Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Não merece acolhimento a preliminar de nulidade das provas, sob a alegação de que foram obtidas por meio ilícito em razão da aventada invasão de domicílio. Conforme entendimento consolidado no E. Superior Tribunal de Justiça, embora o art. 5º, inciso XI, da Carta Magna garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, admitindo relativização em caso de flagrante delito, consoante disciplinado no texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal definiu, em sede de repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem a ocorrência, no interior da casa, de situação de flagrante delito (RE 603.616/T0, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/5/2016). Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. Em outras palavras, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. In casu, conforme os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, a apreensão das drogas concretizada no domicílio do Apelante foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática de crime. Isso porque o cotejo das provas produzidas em Juízo (IDs. 47080701 e 47080710) com os elementos colhidos na fase preliminar (IDs. 47079500, págs. 03/06) evidencia que os agentes estatais realizavam incursões na região do Alto do São João, havendo informações da ocorrência de tráfico de drogas na localidade, quando sentiram um forte odor de maconha e fumaça provenientes da residência do Réu, pelo que para lá se dirigiram, e, ao baterem à porta, a entrada foi franqueada pelo acusado, o qual alegou que estava fazendo uso de droga, encontrando os policiais, após revista no imóvel, entre outros, uma estufa com plantação de maconha, transformadores, capacitores de energia, lâmpadas, sementes, um saco grande contendo a mesma substância entorpecente, bem como balança de precisão. Confira-se o depoimento prestado em sede preliminar pelo SD/PM Emerson Pereira da Silva, bem como os depoimentos judiciais do SD/PM

Alexsandro Henrique Diniz da Silva e do SGT/PM David Miranda de Lima: [...] Que no dia de hoje, por volta das 11:30min, estava em incursão no Alto do São João, no bairro Boca do Rio, quando a guarnição sentiu um forte cheiro de maconha, cuja fumaça saia de uma residência daquela localidade; Que ao chamar o proprietário da residência e perguntar sobre o forte cheiro de maconha o mesmo informou que estava fazendo uso da droga, feita a revista pessoal nada foi encontrado, porém na residência, localizado um saco grande contendo erva seca semelhante a maconha, logo o elemento informou que na geladeira também tinha quantidade da mesma droga só que prensada, ato contínuo, fazendo a busca pelos cômodos foi localizado um compartimento secreto onde havia uma estufa e instalações elétricas para melhor cultivo de plantações, neste caso mudas de ervas semelhantes a maconha; O mesmo informou que se tratava de maconha e que era pra uso próprio, também encontrado balança de precisão, luzes fluorescentes e ultra violeta de mercúrio, vasos com várias mudas da erva, várias embalagens fechadas de seda e 01 (uma) bicicleta que não possui nota fiscal e o elemento não soube informar à procedência da mesma. [...]

(Depoimento prestado em sede policial pelo SD/PM Emerson Pereira da Silva, ID. 47079500, pág. 05) [...] que se recordava dos fatos em apuração ao ser lida a denúncia; que estava em incursão de rotina, e nessa viela o SGT Lima sentiu o cheiro da maconha e o cheiro estava vindo de uma casa; que os policiais bateram na porta e o réu atendeu; que foi solicitada a entrada e o acusado autorizou; que o depoente fez a segurança externa e os demais entraram; que havia uma plantação de maconha; que com a solicitação do Sargento, o depoente foi até a sala que havia um cachorro enorme; que na estufa havia plantação e iluminação, vasos, era um quartinho confinado e escondido no final da residência; que já havia plantinhas; que já havia efetuado prisões no local; que não recordava se já havia a maconha colhida; que sobre saco de erva seca de maconha não se recordava; que não recordava de detalhes como prensada ou geladeira; que não recordava sobre petrechos utilizados na comercialização de ilícitos; que o réu informou que a droga era para uso pessoal; que desconhecia o acusado anteriormente ao fato; que o réu estava sozinho na residência, pelo que recordava; que não tem ciência se o acusado estava sob efeito de substâncias entorpecentes; que a busca pessoal foi feita pelo Sargento e SD Silva; que posteriormente não recebeu informações sobre a pessoa do acusado. [...]

(Depoimento judicial do SD/PM Alexsandro Henrique Diniz da Silva, ID. 47080701). [...] que não se recordava da fisionomia do acusado, mas se recordava vagamente dos fatos; que a única ocorrência que o depoente participou nessa localidade foi numa estufa onde encontraram uma plantação de maconha; que a localidade do fato é localizada nos fundos do Parque de Pituaçu, nas imediações do circo Picolino; que percebeu um odor forte de maconha durante uma ronda e quando chegou na residência o depoente bateu na porta e a pessoa que estava no interior do imóvel abriu; que foi solicitado que a pessoa saísse do imóvel para ser revistada, assim verificando se existia alguma arma; que o odor muito forte da maconha fez com que a guarnição entrasse no local; que haviam dois cachorros ferozes e assim solicitaram que a pessoa acalmasse os animais; que deixou um policial com a pessoas e outros policiais revistaram a casa; que em um quarto escuro havia instalação de uma luz vermelha, ar condicionado e ventilador; que era um exaustor instalado dentro desse quarto que jogava o odor para fora do imóvel; que foi dada a voz de prisão; que o depoente tirou muitas fotografias do local na época, levou a conhecimento do Coronel e após para delegacia; que não recordava se solicitou autorização

para entrar no imóvel; que a pessoa detida não resistiu a prisão e colaborou com a guarnição; que ficou surpreso pois nunca havia visto uma estufa daquele tipo; que havia 50 plantações de maconha, mas dava a impressão que já havia sido cultivadas outras vezes, pois havia muitas sementes e pequenos objetos; que havia uma bicicleta de alto valor econômico que não possuía nota fiscal; que toda a instalação da estufa foi removida e levada para a delegacia, sendo elas as lâmpadas, fiações e outros; que não recordava de ter visto maconha pronta para uso ou embalada, mas percepção do odor de maconha era em razão do cultivo; que o acusado não aparentava ter feito uso de substâncias entorpecentes; que desconhecia o acusado anteriormente ao fato e nem possuiu informações posteriores [...] que não havia informação de estar ocorrendo tráfico de drogas na residência, mas na localidade sim; que não havia mandado de busca domiciliar; que o acusado abriu a porta sem medo quando a guarnição bateu, que aparentava que o réu estava querendo vender pequenas porções para usuários, mas assustou-se quando visualizou a guarnição; que não teve acesso aos autos; que no depoimento policial, o acusado deu a entender que o local do fato era para a plantação de ilícito e o réu residia em outro local [...] (Depoimento judicial do SGT/PM David Miranda de Lima, ID. 47080710). Ademais, o próprio Recorrente, ao prestar esclarecimentos na esfera investigativa, asseverou que “os policiais não informaram ao interrogado o motivo de estarem em sua casa, mas acredita que o cheiro da erva tenha levantado suspeitas dos mesmos”, aduzindo que estava fumando um cigarro de maconha, bem assim que foram encontrados pés de maconha em sua residência (ID. 47079500, págs. 07/08), circunstâncias que, aliadas aos materiais apreendidos, corroboram o forte odor de maconha sentido pelos policiais ainda do lado de fora do imóvel, evidenciando a credibilidade do quanto por eles relatado, na esteira do entendimento esboçado pela Corte Superior de Justiça ao julgar o HC n. 697.057/SP, DJe 3/3/2022. Nesse contexto, embora o acusado tenha negado que autorizou a entrada dos agentes públicos em seu domicílio (ID. 47080708), as informações da ocorrência de tráfico de drogas na localidade onde situada a casa do Apelante e o forte cheiro de maconha oriundo da residência dele demonstram a existência de prévias e fundadas suspeitas, a indicar que no interior do imóvel havia situação de flagrante delito, justificando a atuação policial, cujo resultado confirmou a suspeita da prática de tráfico de entorpecentes, delito cuja consumação, por possuir natureza permanente, protrai-se no tempo. A respeito, colhe-se do parecer da douta Procuradoria de Justiça: [...] Não é necessária a certeza em relação à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o caso de flagrante delito, na ocasião, a plausibilidade acerca da existência de cheiro de drogas no imóvel. Colaciona-se recente julgado nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NULIDADE DA PROVA. INGRESSO NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. FUNDADA SUSPEITA. CAMPANA PRÉVIA. ODOR DE MACONHA. PLANTAÇÃO E ESTRUTURA DE PRODUÇÃO DO ENTORPECENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Conforme observado pelas instâncias anteriores, os policiais, após notícias de que no local ocorria o tráfico de substâncias ilícitas, realizaram prévia campana de 10 minutos, quando sentiram forte odor de maconha na frente da casa do acusado, motivo que os fez adentrar e efetuar o flagrante. 2. Também foi constatado pelos investigadores a plantação de maconha no local, consignando-se que “Era relevante e complexa a cultura da droga na

casa. Foram apreendidos fertilizantes e lâmpadas", o que pode justificar o cheiro do entorpecente que exalava da casa. Nesse sentido, em casos semelhantes, a jurisprudência desta Corte é no sentido de autorizar o ingresso dos milicianos. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 711424 SP 2021/0393045-0, Data de Julgamento: 17/05/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2022) [...] Assim, caracterizada a justa causa (existência de fundadas razões que levaram à suspeita da prática de crime) para a entrada em residência sem autorização judicial e independente do consentimento do morador, afasta-se o direito à inviolabilidade domiciliar, não restando comprovada, in casu, a ilicitude das provas oriundas da diligência policial empreendida, tampouco as delas derivadas (art. 157 do Código de Processo Penal). Rejeita-se, portanto, a sobredita preliminar. No mérito, o pleito absolutório não deve ser albergado. In casu, conquanto o Recorrente tenha negado em ambas as fases da persecução penal a prática delitiva que lhe foi imputada (ID. 47079500, págs. 07/08 e ID. 47080708), aduzindo que plantava dois ou três pés de maconha para uso pessoal, verifica-se que a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 47079500, pág. 11); o Laudo Pericial Toxicológico (ID. 47079500, pág. 22), no qual se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 485,97g (quatrocentos e oitenta e cinco gramas e noventa e sete centigramas), acondicionados em duas porções, além de espécime vegetal jovem, todos de tetrahydrocannabinol (THC), substância conhecida como "maconha", de uso proscrito no Brasil; bem como os depoimentos prestados, em sede preliminar, pelo SD/PM Emerson Pereira da Silva, e, em Juízo, pelos SD/PM Alexsandro Henrique Diniz da Silva e SGT/PM David Miranda de Lima, já reproduzidos acima. Apesar das razões ventiladas pela Defesa, observa-se que os policiais apresentaram depoimentos congruentes a respeito dos fatos durante a audiência instrutória, como minudenciado alhures, narrando de forma harmônica a diligência realizada, em consonância com o relatado na esfera extrajudicial, apontando a apreensão de todo material ilícito na residência do Apelante, cabendo destacar que eventuais discrepâncias porventura existentes entre os relatos prestados pelos policiais, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de situações das mais diversas naturezas. Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos com os demais elementos e circunstâncias colhidos nos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com a intenção de prejudicar o Sentenciado, não havendo elementos que evidenciem a ocorrência de rixa anterior com o Apelante, o qual não era conhecido pelos policiais de diligências anteriores. Nessa esteira: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. BUSCA VEICULAR. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. INDICAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO VEÍCULO. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A busca veicular decorreu de denúncias anônimas especificadas, que correspondem à verificação detalhada das características descritas do veículo do paciente (C4 Pallas, final da placa "0630"). Desse modo, as informações anônimas foram minimamente

confirmadas, sendo que a referida diligência traduziu em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das características relatadas nas denúncias apócrifas. – É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que os depoimentos dos policiais merecem a credibilidade e a fé pública inerentes ao depoimento de qualquer funcionário estatal no exercício de suas funções, principalmente, quando confirmados pelos demais elementos de provas nos autos. Ademais, não foram trazidos quaisquer indícios de que houvesse motivos pessoais para a incriminação injustificada do recorrente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no RHC n. 183.317/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 20/9/2023.) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (grifos acrescidos) Destaca-se que o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, estabelece que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Como visto, o Juiz não poderá proferir sentença condenatória baseada tão somente em elementos de convicção colhidos durante a fase inquisitiva. De outro lado, o decisio condenatório pode considerar os elementos produzidos nos autos do inquérito policial, desde que sua veracidade tenha sido confirmada pelas provas amealhadas em Juízo, sob o crivo do contraditório, como na situação em apreço. Nesse viés, o Magistrado a quo consignou: “Observa-se que as testemunhas de acusação se recordaram da diligência, afirmando ter ocorrido a partir de ronda de rotina, quando sentiram forte odor de maconha que os levaram à casa do Acusado, assim como ao encontro da elaborada estufa situada em um dos quartos do imóvel do Réu, para cultivo de maconha. Acresce-se, ainda, ser a área conhecida pelo tráfico de drogas, bem como ter restado registrada a apreensão de mais de quatrocentos gramas do psicotrópico para além do material de seu cultivo, ramos/mudas, terra, lâmpadas fluorescentes e ultravioleta etc. Neste sentido, tem-se que os Policiais, desde os depoimentos colhidos em Delegacia até os prestados em juízo, mantiveram incólumes suas versões dos

fatos, inexistindo controvérsia entre as falas". Vale lembrar que não é incomum a figura do usuário-trafficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício, bem assim que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas: Art. 33. 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: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto: AGRAVO 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. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (grifos acrescidos) Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, para “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Na hipótese em testilha, a quantidade de droga apreendida (485,97g de maconha); a forma em que estava acondicionada, sendo a maior porção em saco plástico e a outra no interior de uma pequena lata em metal; o fato de também ter sido encontrada estufa com plantação de “maconha” e diversos materiais para o cultivo, bem como balança de precisão; além das informações sobre a ocorrência de tráfico de drogas na localidade, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos. Consoante ponderado pelo Sentenciante: “Embora o Réu tenha arguido que plantava maconha para uso próprio, as provas dos autos fragilizam a sua versão. Os Agentes descreveram, desde a delegacia, detalhes da rebuscada estufa caseira montada pelo Acusado e a potencialidade de produção desta. Ainda, foi encontrada, na residência deste, maconha já propícia para uso e venda, tratando-se de 485,97g (quatrocentos e oitenta e cinco gramas e noventa e sete centigramas) da substância. Tais elementos nos revelam, portanto, que a conduta do Réu amolda-se ao núcleo do tipo penal “ter em

depósito” do tráfico de drogas, muito além do que apenas aquele descrito pelo art. 28 da mesma legislação. Ademais, sabe-se que muitos traficantes utilizam do material que vendem, assim como não há óbices para usuários praticarem também o tráfico a fim de obter renda para sustentar os vícios”. Outra não foi a compreensão esboçada pela douta Procuradoria de Justiça: [...] A apreensão da substância entorpecente e dos apetrechos “balança de precisão, quatro transformadores pretos, dois capacitores de energia, cilindro verde, utilizado como “maeiro”, três lâmpadas, e a caixa com papéis seda (id. 47079500 p.11)” em poder do agente, somada à palavra firme das testemunhas, “que em um quarto escuro havia instalação de uma luz vermelha, ar-condicionado e ventilador; que era um exaustor instalado dentro desse quarto que jogava o odor para fora do imóvel; que ficou surpreso pois nunca havia visto uma estufa daquele tipo; que havia 50 plantações de maconha, mas dava a impressão que já havia sido cultivadas outras vezes, pois havia muitas sementes e pequenos objetos”, compõem um cenário fático e delitivo idôneo à configuração da mercancia. [...] Registre-se que o Juiz de origem, idoneamente, fundamentou a não ocorrência do concurso material entre o crime de cultivo de psicotrópico (art. 33, § 1º, II, da Lei 11.343/06) e o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06), pontuando a ausência de condutas autônomas, uma vez que “as provas apresentadas levaram ao entendimento de que a produção caseira das drogas, bem como as já cultivadas, se destinavam à traficância”. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Recorrente pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em absolvição pela incidência do princípio in dubio pro reo, tampouco em desclassificação para o ilícito de posse de droga para uso próprio. Na sequência, passa-se ao exame da dosimetria das penas. Transcreve-se, a seguir, o pertinente trecho do decisio vergastado: [...] II.3. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI 11.343/06. Passo à análise das circunstâncias judiciais, para fins de estabelecer a dosimetria da pena a ser aplicada, em atendimento aos requisitos insertos no artigo 59 do Código Penal e, também, ao disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/06. Em cotejo com os elementos existentes no processo, constata-se que o Acusado agiu com culpabilidade normal à espécie. Quanto aos antecedentes, em pesquisas nos sistemas, verifica-se que o Réu foi condenado por tráfico de drogas neste mesmo Juízo nos autos n. 0528788-85.2019.8.05.0001, o qual encontra-se transitado em julgado desde 02/05/2022. A condenação, ainda que transitada em julgado, por fato posterior, não deve servir de fundamento para a majoração da pena base, nesse sentido: [...] No que tange à personalidade e à conduta social, não tem este Juízo informações para valorar. O motivo e as consequências do crime são os comuns inerentes ao tipo penal reconhecido. Quanto às circunstâncias, nada a destacar, assim como quanto ao comportamento da vítima – a sociedade. A quantidade de droga apreendida foi razoável, tratando-se de aproximadamente meio quilograma de maconha, sendo, contudo, de tipo único (art. 42 da lei de tóxicos). Inexistem causas de aumento ou de diminuição da pena. Neste particular, registre-se que o Réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher todos os requisitos legais exigíveis. Conforme acima pontuado, tem-se que o Réu foi novamente flagrantado pelo crime de tráfico de drogas, fato pelo qual restou condenado nestes autos, enquanto já respondia criminalmente pela mesma imputação delitiva,

conforme processo n. 0528788-85.2019.8.05.0001. Assim, há demonstração de ser o Acusado envolvido na prática de atividade criminosa, com destaque ao tráfico, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos. Assim, indefiro o pedido formulado pela Defesa, quanto à aplicação do redutor acima citado. [...]

II.43. DOSIMETRIA DA PENA Em atenção ao disposto nos artigos 42 da Lei Antitóxico e 59 do Código Penal, considerando a quantia razoável de droga apreendida com o Réu, fixo a pena-base a ser cumprida por ele em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Não há circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena fixada. Ausente a causa de diminuição do § 4º do art. 33. Inexistem causas de aumento. Assim, torno definitiva a pena a ser cumprida pelo Réu em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto (artigo 33, § 2º, b, do CP), e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Relativamente às penas de multa, fixo cada dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato. Tendo em vista a pena aplicada ser maior que 4 anos, deixo de fazer a substituição prevista no art. 44 do CP, por não preencher os requisitos legais. [...] (grifos no original) A Defesa pleiteia a aplicação das penas-base no mínimo legal, ao argumento de que a quantidade de droga apreendida não justifica a exasperação realizada na origem, entretanto, razão não lhe assiste. Na primeira fase, o Juiz a quo fixou as penas-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, diante da valoração negativa tão somente de circunstância preponderante relativa à quantidade do entorpecente apreendido, destacando ter sido razoável, por se tratar de aproximadamente meio quilograma de maconha, fundamentação que se afigura idônea, pois, contrariamente ao aventado pelo Apelante, evidencia maior gravidade da conduta do que a ínsita ao tipo penal, tendo em vista o maior perigo de dano à saúde pública, materializado na quantidade de substância que seria disseminada, afigurando-se, ainda, adequado o quantum de aumento de pena estabelecido. Em situação similar, o Tribunal da Cidadania já se manifestou pela possibilidade de aumento das reprimendas-base: "Como é cediço na jurisprudência desta Corte Superior e nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos podem servir como fundamento suficiente para exasperar a reprimenda básica. No caso dos autos, apesar da quantidade apreendida não se revelar exacerbada, também não pode ser considerada irrelevante [500 gramas de maconha], de modo que o incremento de 6 meses na pena-base se encontra justificado e atende ao princípio da proporcionalidade" (STJ, AgRg no REsp n. 1.960.382/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022 – trecho extraído do inteiro teor). Todavia, considerando a compreensão adotada pelos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido será sopesada apenas na terceira fase da dosimetria, em observância à regra non bis in idem, bem como ao princípio da individualização das penas, que deve nortear o magistrado na aplicação das reprimendas. Sobre o tema: "A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal

Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712)" (STJ, REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). Logo, deslocada a aludida circunstância preponderante para ser observada na última etapa, mister redimensionar as penas-base ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, as quais ficam mantidas como provisórias na segunda fase, tendo em vista a ausência de agravantes ou atenuantes. Avançando à terceira fase, o Magistrado singular afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação: "o Réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher todos os requisitos legais exigíveis. [...] o Réu foi novamente flagrantado pelo crime de tráfico de drogas, fato pelo qual restou condenado nestes autos, enquanto já respondia criminalmente pela mesma imputação delitiva, conforme processo n. 0528788-85.2019.8.05.0001. Assim, há demonstração de ser o Acusado envolvido na prática de atividade criminosa, com destaque ao tráfico, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos". Portanto, constata-se que foi utilizada condenação definitiva por fato posterior ao crime em apreço para afastar a aplicação do mencionado redutor. Como cediço, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Ademais, o STJ já se manifestou no sentido de não ser cabível "negar ou modular a incidência da minorante do tráfico privilegiado com amparo em fatos posteriores ao delito", mesmo que referentes a condenações transitadas em julgado, confira-se: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO RARO. INADMISSÃO. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. REFERÊNCIA À CONDENÇÃO POR FATO POSTERIOR AO COMETIMENTO DO DELITO EM QUESTÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE. 1. Ausente a impugnação concreta aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre, correta a decisão que não conheceu do agravo em recurso especial – Súmula n. 182/STJ. 2. Constatada ilegalidade manifesta, a ser sanada por esta Corte Superior, em atuação sponte própria. No caso, o Tribunal a quo afastou a valoração negativa dos antecedentes criminais do Acusado – considerando que a única condenação definitiva em seu desfavor resultava de delito praticado após o crime ora analisado –, mas, ainda assim, foi mantida a negativa de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, com base nesse mesmo fundamento. 3. Ocorre que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a dosimetria da pena deve considerar as circunstâncias pessoais do Réu no momento da prática delitiva, razão pela qual é incabível negar ou modular a incidência da minorante do tráfico privilegiado com amparo em

fatos posteriores ao delito. [...] 5. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), redimensionando as penas do Agravante. Por conseguinte, com fundamento no art. 61 do Código de Processo Penal, declara-se extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva estatal. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.284.410/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.) (grifos acrescidos) Nesse cenário, embora o Apelante ostente condenação definitiva também pelo delito de tráfico de drogas, praticado posteriormente ao fato em análise, em consonância com o hodierno entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Recorrente a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Registre-se, por oportuno, que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida, acondicionada em um saco plástico e no interior de uma pequena lata em metal, conforme já ponderado em linhas pretéritas, demonstram maior gravidade da conduta, fatores que, aliados às circunstâncias do flagrante, no qual foram encontrados, ainda, uma estufa com pés de maconha plantados individualmente e instalações elétricas destinadas ao cultivo da planta, 9 (nove) vasos de mudas do referido psicotrópico, sementes de maconha e balança de precisão, justificam a não incidência da minorante em seu grau máximo, por denotarem maior grau de imersão do Recorrente na traficância, reputando-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/5 (um quinto), a título de reprovação e prevenção do delito praticado. Nessa linha intelectual: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE DESTAQUE PARA JULGAMENTO EM AMBIENTE PRESENCIAL. INEXISTÊNCIA DE COMPLEXIDADE A RECOMENDAR A RETIRADA DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU INTERMEDIÁRIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] II – A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que “[o] magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma). III – Sendo apontados elementos concretos para a escolha da fração de redução na última etapa da dosimetria, o que não se confunde

com ausência de fundamentação, como no caso, não há falar em desproporcionalidade da pena. É certo, ainda, que a lesividade concreta da droga apreendida constitui motivo suficiente para que a redutora seja aplicada em patamar inferior ao grau máximo.. [...] VI – No caso, houve a valoração negativa da natureza dos entorpecentes na primeira fase da dosimetria, porém a pena deixou de ser exasperada para não incorrer em bis in idem quando da aplicação da causa especial de redução na terceira etapa de fixação da pena. Tal circunstância, porém, é suficiente e adequada para impedir a referida substituição. VII – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, HC 211266 AgR, Relator (a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022) (grifos acrescidos) Cumpre salientar não haver nenhuma reformatio in pejus, seja direta ou indireta, na operação de deslocamento de circunstância preponderante da primeira para a terceira fase do cálculo dosimétrico, visando proceder à escorreita individualização das penas, até porque, consoante uníssono posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, “[pode] a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. É permitido ao Tribunal de Justiça, se provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem” (AgRg no HC n. 801.066/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023). A respeito: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FURTO MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO E QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO MEDIANTE ESCALADA E CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO DEFENSIVA. MIGRAÇÃO DE QUALIFICADORA PARA A PRIMEIRA FASE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O princípio da vedação da reformatio in pejus, presente no art. 617 do Código de Processo Penal, consiste na impossibilidade de a situação do réu ser modificada para pior em decorrência da interposição/oposição de recurso exclusivo da defesa ou da apresentação, também por ela, de meios autônomos de impugnação. Além de consectário do princípio da ampla defesa, corolário do devido processo legal, o dito brocardo é decorrência lógica do sistema acusatório. 2. Na apreciação de recurso de apelação exclusivo da defesa, a Corte estadual não está impedida de manter a sentença recorrida com base em fundamentação distinta da utilizada em primeira instância, desde que respeitados a imputação apresentada pelo titular da ação penal, a extensão cognitiva da sentença combatida e os limites de pena impostos na origem. 3. Pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. É permitido ao Tribunal de Justiça, se provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem. 4. Da análise do acórdão recorrido verifica-se que o colegiado local promoveu uma readequação na dosimetria da pena do agravante para excluir o aumento oriundo do reconhecimento da majorante relativa ao repouso noturno da terceira etapa de aplicação da pena promovendo a migração da referida causa de aumento,

ex officio, para a primeira fase, ficando a pena final em patamar inferior ao estabelecido anteriormente, inexistindo teratologia ou ilegalidade a ser reparada. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 801.066/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.) (grifos acrescentados) Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/5 (um quinto), restam as reprimendas definitivas redimensionadas para 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a modificação do regime prisional inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal), sendo cabível, ainda, diante do quantum de pena e da ausência de violência ou grave ameaça à pessoa na prática delitiva, a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer do Recurso, REJEITAR A PRELIMINAR, e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, a fim de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de 1/5 (um quinto), redimensionando as penas definitivas do Apelante para 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça