

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502834-03.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Anderson Rodrigues de Araújo Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR INGRESSO INDEVIDO NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. NÃO ACOLHIMENTO. INGRESSO FORÇADO AMPARADO EM FUNDADAS RAZÕES. ACUSADO SURPREENDIDO TRAZENDO CONSIGO SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS NO MOMENTO DA PRISÃO EM VIA PÚBLICA, LOCALIDADE DOMINADA POR FACÇÕES CRIMINOSAS, NOTÍCIAS DE MAIS ENTORPECENTES EM SUA RESIDÊNCIA. PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CRIME DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. VALIDADE DO DEPOIMENTO POLICIAL. PEQUENAS DISSONÂNCIAS NÃO SÃO CAPAZES DE INFIRMAR O DEPOIMENTO POLICIAL, QUANDO NÃO COMPROVADA A INTENÇÃO PARTICULAR DOS AGENTES NA CONDENAÇÃO DO RÉU. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE. LOCAL EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMONSTRAM QUE OS ENTORPECENTES ERAM DESTINADOS À MERCÂNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE QUANTIDADE SUPERIOR A MEIO QUILO DE MACONHA. EXASPERAÇÃO QUE ATENDE AO QUE DISPÕE O ART. 42, DA LEI 11.343/06. PENA INTERMEDIÁRIA REFLEXO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DA APELAÇÃO. SUPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO PELO JUÍZO AD QUEM, DESDE QUE NÃO RESULTE EM AGRAVAMENTO DAS PENAS IMPOSTAS AO APELANTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CIRCUNSTÂNCIAS QUE CARACTERIZAM A DEDICAÇÃO DO APELANTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APELANTE JÁ CONDENADO DEFINITIVAMENTE PELO MESMO CRIME, OCASIÃO EM QUE LHE FORA APLICADA A MINORANTE. CONFIRMADO O INDEFERIMENTO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE DIREITOS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. MANIFESTAÇÃO IMPLÍCITA E EXPLÍCITA A RESPEITO DAS NORMAS INVOCADAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0502834-03.2020.8.05.0001, em que figura como apelante ANDERSON RODRIGUES DE ARAÚJO, por intermédio da Defensoria Pública, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, CONHECER o recurso e, no mérito, JULGAR-LHE IMPROVIDO, nos termos do voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º 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, 7 de Julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502834-03.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Anderson Rodrigues de Araújo Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 RELATÓRIO Vistos. Trata-se de recurso de apelação, interposto por ANDERSON RODRIGUES DE ARAÚJO, por intermédio da Defensoria Pública do Estado, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA (ID's 161612108/167612092). Em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença de ID 167612092, autos de nº 0502834-03.2020.8.05.0001, PJE 1º Grau. Narra a denúncia (ID 167611700, PJE 1º Grau) que: "[...] no dia 04 de

fevereiro de 2020, por volta das 13:00h, na localidade da Baixa da Paz, bairro de Sussuarana, nesta cidade, o ora denunciado trazia consigo substância entorpecente de uso proscrioto no Brasil. [...] policiais militares realizavam rondas ostensivas, quando avistaram diversos jovens, que, ao notarem a aproximação da guarnição, empreenderam fuga, sendo, contudo, seguido pelos prepostos do Estado o jovem que levava consigo uma sacola de plástico amarela nas mãos, no caso, o ora denunciado, que adentrou em uma residência. Seguidamente, os Policiais incursionaram na referida casa, capturando, no interior deste imóvel, o ora denunciado, que trazia consigo o mencionado saco contendo 53 (cinquenta e três) porções de maconha, pesando 676,91g (seiscentos e setenta e seis gramas e noventa e uma centigramas) acondicionadas em sacos de plástico incolor, além da quantia de R\$107,00 (cento e sete) reais, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 05, bem como laudo pericial de fl. 38. [...] dada a voz de prisão ao inculcado, uma vez indagado, este informou que, em outra residência, havia outra quantidade de drogas, tendo a guarnição se dirigido ao local e, ao adentrar no imóvel, logrou êxito em encontrar, em poder do adolescente Walter Junior dos Santos de Queiroz, 54 porções de maconha, 37 frascos de lança perfume, uma balança de precisão, um rádio transmissor, três celulares e a quantia de R\$ 443,90, sendo o menor e os materiais apreendidos apresentados na Delegacia do Adolescente Infrator (DAI) [...]”. Após a regular instrução da ação penal originária, o Juízo primevo prolatou a sentença (ID 167612092), na qual julgou procedente a denúncia para condenar o réu ANDERSON RODRIGUES DE ARAÚJO, da acusação de prática do delito capitulado no art. 33, caput, da Lei 11.346/2006. Irresignado, o acusado interpôs o recurso de apelação, apresentando razões no ID 167612108, nas quais requereu: “seja pela absolvição do apelante, seja por causa da nulidade das provas, seja pela ausência de comprovação da traficância. Caso assim não entendam, requer a desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei 11.343/2006, remetendo-se os autos para o juízo competente o qual seja o Juizado Especial Criminal. Caso assim não entendam, que seja aplicada a redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, assim como determinada a alteração de regime de cumprimento de pena para aberto e a respectiva substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos”. Em contrarrazões recursais, o Ministério Público do Estado (ID 167612115, PJE 1º grau) requereu o improvimento do recurso. Ao subirem os autos a esta Segunda Instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça, ID 24588845, pelo conhecimento do recurso e seu improvimento, mantendo-se a sentença condenatória in totum. É o relatório. Salvador, 27 de junho de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502834-03.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Anderson Rodrigues de Araújo Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 VOTO Vistos. Em análise dos fólhos, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Em que pese o esforço argumentativo do apelante, verifico que os elementos probatórios colhidos indicam que os fundamentos invocados em sede recursal carecem de respaldo fático e legal. Passo ao enfrentamento das teses recursais. I. DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DAS PROVAS. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO DOMICÍLIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. Em análise dos autos, vislumbro que a apelante sustenta que o ingresso dos policiais militares em sua residência

fora realizado sem ordem judicial e sem justa causa. Assim, aduz que: “apesar das declarações policiais de que o réu no início da abordagem correu e entrou em uma casa, o acusado negou os fatos narrados na denúncia, esclarecendo que foi abordado na rua pelos policiais, que o colocaram na viatura e depois seguiram para a residência do adolescente apreendido, e lá ingressaram sem autorização judicial, sem consentimento válido, sem esclarecer as razões da solicitação para ingresso de sua casa e realizaram busca domiciliar, salvo melhor juízo, ilícita” (ID 16712108, fls. 09). Inicialmente, importa registrar que o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Assim, não é apenas a quantidade de entorpecentes que define o tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. Nas palavras de Flávio Gomes: “(...) A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (...) A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” ( Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133.) A respeito das alegações recursais, é forçoso esclarecer, ab initio, que a materialidade delitiva está demonstrada nos autos através do auto de prisão em flagrante (ID 167611701, fls. 02), auto de exibição e apreensão (ID 167611701, fls. 27), que atestou que com o acusado estavam “54 (cinquenta e quatro) embalagens em plástico transparente contendo erva parecendo ser a droga conhecida por maconha; 37 (trinta e sete) frascos plásticos contendo líquido transparente, parecendo ser a substância conhecida por lança perfume; um relógio de pulso marca Mondaine, em metal cor prateada; um aparelho celular marca LG, cor prateada; um aparelho celular marca Nokia, cor branca, com ponta danificada; aparelho celular marca Motorola, cor dourada, com tela trincada e capa traseira, nas cores preta e rosa; uma balança de precisão marca Original, de cor branca; vários sacos plásticos pequenos; rádio de comunicação marca BAOFENG, cor preta; e a quantia em espécie de RS 443,90 (quatrocentos e quarenta e três reais e noventa centavos), apreendido em poder do adolescente WALTER JUNIOR DOS SANTOS DE QUEIROZ”. Ademais, o Laudo Pericial Definitivo (ID nº 167611704) confirmou que a substância apreendida se tratava do “tetrahydrocannabinol (TIIC), um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa. L. encontra-se relacionado na Lista F-2 (Substâncias Psicotrópicas de uso proscrito no Brasil) da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor”. Acerca da autoria, a prova testemunhal autoriza o édito condenatório proferido. A testemunha SD/PM ELIELSON OLIVEIRA GOMES, afirmou em juízo que: “[...] Sim; estávamos fazendo ronda nessa localidade em Sussuarana quando foi avistado um grupo de pessoas que ao verem a viatura elas correram e aí nós fomos no encalço dessas pessoas e vimos esse rapaz que adentrou na residência, fomos ao encalço dele e o encontramos lá dentro na casa de outras pessoas, que não era parente, nem nada dele; foi pego com ele uma sacola com algumas substâncias e um determinado valor; e nisso ele falou que perguntamos a ele se tinha mais alguma coisa ele disse que sim, que tinha uma casa que

tinha algumas coisas lá, se dirigimos a essa casa onde tinha um menor; e lá encontramos vários frascos com substâncias aí depois vim saber que era lança perfume, determinados valores, algumas outras coisas que foram apresentados com o menor na DAI, e aí ele foi só, essa maconha que foi apresentada; porque encontramos com o menor; sim; tinha um muro, ele pulou e eu acho que a porta tava aberta, ele entrou; o morador abriu a porta; não, ele ficou assustado, e como nós vimos que ele tinha adentrado a residência; ele deu sinal que poderia entrar, que tinha alguma coisa; nós entramos e encontramos esse indivíduo no quarto, acho que foi dentro do quarto ou na cozinha, não me recordo muito bem o cômodo da residência; não, porque nós estávamos no encalço dele, nós vimos que ele entrou na residência, o morador, não sei, por medo, alguma coisa assim, não posso determinar se ele permitiu que adentrasse pra ver a situação, já que nós vimos que ele entrou na casa do morador; isso; e a esposa; ele tava no quarto, eu acho assim vagamente, porque ate então não tinha como ele sair por outro local, porque não tinha saída pelos fundos; encontramos na mão dele; parecia maconha, era maconha; não, ele só falou que tinha uma residência com droga; nós chamamos, chegamos no local, tinha um menor; salvo engano, não to muito lembrado, ele mandou a gente entrar, a gente entramos e achamos a droga na residência; só tinha ele lá; não sei informar sobre isso; salvo engano sim; não (conhecia o acusado); não (tem conhecimento sobre outro ato delituoso); não (reagiu a prisão); não (se machucou); (material apreendido) levado para a delegacia competente; eu não sei precisar, porque ate então não tenho lembrança de ter informado; foi a minha guarnição, sim; sim, o meu colega fez a busca pessoal e ele estava com o saco com o material, eu estava presente; não, ele falou por livre e espontânea vontade que tinha uma casa com drogas, só isso, perguntamos se tinha alguma coisa com ele, e ele falou, só isso; estava com ele isso, sim; do jeito que nós pegamos conduzimos pra polícia civil, acho que essa parte é com eles, do jeito que estava com ele nós conduzimos pra delegacia competente; não sei, essa parte de perícia aí, não". No mesmo sentido, o depoimento do SD/PM ZENILDO ALMEIDA DE JESUS JUNIOR: "[...] Sim; sim; sim, guerra de tráfico o tempo todo, homicídio, várias situações de homicídio, lá é uma área complicada de se atuar até; estávamos em ronda, nas proximidades, vimos uma situação suspeita de tráfico, porque como aquele ponto já tem um vício de tráfico o tempo todo e aí avistamos algumas pessoas com atitude suspeita, na aproximação eles correram, e alguns foram alcançados, e foram encontrados material de drogas e dinheiro que caracteriza tráfico, tanto é que o delegado registrou a ocorrência como tráfico; eles com o saco na mão que aparentava de drogas, além do ponto ser conhecido como boca de fumo, atitudes deles ali, e no momento da aproximação eles evadiram; não lembro, não; basicamente perto; não lembro, eu acho que sim, mas não tenho essa recordação total, mas eu acho que sim, tinha gente na casa; não lembro; na sala; droga, agora a quantidade eu não lembro, droga e dinheiro, agora a quantidade eu não lembro; tava em saco plástico, não lembro a cor, mas estava com ele; com o saco plástico; não conhecia Anderson; com, é, com o relato dele; falou que tinha droga, que ele pegava com outra pessoa, armazenava, não me recordo direito, mas ele disse que tinha outro imóvel com droga, não sei se era um depósito, alguma coisa assim; na verdade até falou que ele vendia, ne; perto; tinha outra pessoa, senão me engano um menor, que encontrou a droga e foi encaminhado pra delegacia; acho que não, não me recordo; sim, confirmou e assumiu a droga; não lembro; não resistiu; não; que eu saiba não, eu sou soldado, então não tenho acesso

assim as informações do comando; não consegui ver; ato suspeito; não, só suspeito; na abordagem que a gente deu a certeza; suspeito; por ser um ponto de tráfico já conhecido pela comunidade, pela polícia, praticamente todo mundo, aquele ponto ali já praticamente é uma boca de fumo; ele estava com o saco de droga; não; não; houve a necessidade, e a pessoa autorizou, quem estava na casa autorizou, onde ele tava a porta tava aberta; não me recordo; entrei; não me recordo mas acho que não fiz eu tava na custódia dele; na sala, no interior da residência; alguém deve ter perguntado pra ele falar, com certeza alguém perguntou e ele falou, mas não recordo quem foi; chegamos na frente da residência, não lembro se bateu na porta ou chamou; a pessoa saiu, podemos entrar? Pode; não, lá dentro que foi conversado; perguntou se a gente podia entrar, podia, foi autorização dele; depois que a gente ficou sabendo; não me recordo; foi o adolescente; ninguém sabe que ele era menor; não me recordo; creio que sim; com a confirmação de que havia droga; [...]”. Ainda no mesmo sentido, o depoimento do SD/PM GIRNEI AMIR SOUZA DE JESUS: “[...] vagamente; não, não, dele não; não, não muito; sim; sim; quando encontrado substâncias tóxicas com ele ou arma de fogo; sim, tem bonde geralmente na localidade, elementos armados em grande quantidade, ne, e praticam o tráfico no local, é uma área que tem muita ocorrência em chamado; se não me engano fomos em apoio a 48º CPM que cobre a região, é, vagamente, e é o que tá dentro dos autos aí, no caso, que eu me lembro mais ou menos que pegamos esse indivíduo ele informou que tinha outro menor com porte de mais entorpecentes; esse primeiro, não, ele foi na hora que a gente fez a incursão ele evadiu, foi atrás, teve êxito de capturar, e aí ele indicou um segundo local; dentro de uma residência; não me lembro, não; também não lembro; tinha outros elementos que evadiram; não; não, não consigo, não; também não; era droga, agora o conteúdo, a quantidade, não; tava condicionado no saco; tava com esse saco na mão, ele correu com esse saco na mão; relativamente sim; ele fazia parte do tráfico e era gerente, se eu não me engano, que condicionava parte da droga que era revendida no local; sim; sim, confirmamos; estava com mais entorpecente e mais uma pequena quantidade em espécie; dentro da residência dele; não, qual o cômodo, não; a gente foi informada que pela equipe da 48º que eles eram costumeiros de praticar tráfico no local; isso, já eram conhecidos; não, referente a ele, não to lembrado, só da situação dele ter citado esse outro menor; não, não; o adolescente não to lembrado, não; eu não; referente a ele não, só o tráfico no local e elementos traficando e porte de arma de fogo no local; elementos armados junto com ele; não; ele correu e foi um dos elementos que tava com o saco em mãos; não; não, eu não; ao réu não, só no local existiam homens traficavam e tinha elementos armados no local; ele tava num círculo onde tinha elementos armados com ele; em poder dele tinha uma sacola amarela; até eu aborda-lo não; ele tava mais próximo; a residência estava aberta; logo após o réu; no momento não me recordo; também não me recordo, não; tava fazendo parte da patrulha que se deslocou em acompanhamento; Elielson, Venildon; No momento não lembro, não; o comandante da patrulha, Elielsen; O comandante da patrulha, Elielson; chamamos o proprietário da casa, se não me engano era um conjunto de casa, e a casa estava aberta o portão central, chamamos, perguntamos se tinha alguma pessoa com o nome do adolescente indicado por esse Anderson; no momento não lembro, não; o próprio proprietário se não me engano; não, não; também não lembro, não; o ato dele estava junto com pessoas com arma no local que se praticava tráfico e ele evadiu na presença da polícia; correto, ele estava próximo de elementos armados, de

conversa com elementos armados [...]”. Apesar dos relatos policiais e da prova documental, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, o acusado negou a prática da traficância. Assim, ANDERSON RODRIGUES DE ARAÚJO afirmou que: “[...] esse fato que aconteceu simplesmente, minha tinha mandou eu fazer um serviço um dia antes eu tava ajudando ela a bater a laje tudo certinho, como ela mesmo falou que eu ajudo ela, aí ela mandou eu fazer uma correria na casa de uma vizinha eu fui, descii e fui fazer, peguei o material, tudo certinho, aí no momento veio uma viatura, me viu, me abordou, me perguntou se eu tinha passagem, não vou mentir, ne dra, falei que tinha sim, que eu tava respondendo, ele perguntou: “qual a passagem?” eu falei, “rapaz, tráfico, 33”. Pronto, aí ele foi fique aqui, eu fui e fiquei, aí eles foi chegaram de outra viatura me algemou e eu perguntei o que ta acontecendo, sr? Que o sr pegou na minha mão, me ocorrendo, eu todo sujo aqui, trabalhando no meu canto, ele “não que você é suspeito, você já tem passagem”; tava não, nem uso nada; é esse material, ele pegou na mão de menor quando ele mesmo falou a ele, ta entendendo?; pegou na mão dele e falou que eu ia junto, eu falei “como eu vou junto, que eu não tenho nada a ver? Só por causa que eu tenho uma passagem?” ele: “não você vai junto”; vou afrojar em você, ele foi e alforjou, que ele botou a maconha pra cima de mim; não conhecia, não; não tinha, não; no momento eu tava sozinho; não, não; não, não vi, não, no momento eles estavam fazendo a operação; o adolescente assumiu que era dele; tá ate no processo isso aí que ele falou; por tráfico, dra, se não me recordo, umas quatro com essa, só respondo um só, eu tava respondendo, assinando, tudo direitinho; ele só foi me abordar, me algemaram e me botaram no canto, depois eles já me chamaram junto com o adolescente; eles queriam me apertar, ta entendendo, dra.? Só que assim eu não sei de nada, como dizer uma coisa que eu não sei?; eles queriam os elementos, ta entendendo? Porque eles foram e não acharam ninguém, aí eles queria, eu falei: como foi contar, meu sr. se eu não conheço ninguém, não pratico nada aqui, graças a deus, cometi sim um erro, cometi antes, mas hoje em dia não cometo mais. [...]”. A testemunha de defesa, Sra. ELIENE DOS SANTOS AMORIM, declarou que: “[...] eu tava em casa, aí quando fui, eu vi uns policias com ele já algemado lá embaixo, eu tinha arranjado um serviço pra ele fazer lá em cima e eu tinha dito pra ele ir lá fazer, que aí depois eu tinha acertado tudo com a moça, e aí depois ele pegou quando foi de tarde os policias tavam com ele algemado; vi ele na rua; assim o pessoal me falaram que ele foi preso na frente da casa que a gente tinha pedido pra ele fazer o serviço; ele tava fazendo uma mudança lá embaixo numa casa, aí eu tinha dito a moça que eu ia mandar ele ir lá pegar umas coisas; quando foi de tarde; eu tinha pedido pra ele ir lá em cima, tinha mudança pra fazer, um negócio pra fazer, pra dar, eu disse a ele que era pra ele ir subir e fazer a mudança dessa menina, ele disse a mim que ele ia lá fazer o serviço; porque quando tem as coisas aqui pra fazer eu peço aos meninos pra eles irem lá fazer; aí ele disse a mim que ia, quando foi de tarde eu tava aqui lavando roupa, quando eu to estendendo a roupa eu to vendo; eu perguntei aonde ele foi encontrado porque eu tinha pedido pra ele ir lá em cima, aí tinha pego ele na rua, tinha corrido pra uma casa, aí eu falei assim, qual foi a casa? porque eu tinha pedido pra ele ir na casa ver a moça da mudança, aí ele também não quis me falar; sozinho; eu não sei; ele fazia serviço, aqui em casa mesmo ele fez um bocado, me ajudou bastante, graças a Deus, eu bati minha laje, e graças a ele que me ajudou muito, porque tem escada e pra carregar o material é muito caro [...]”. Assim, apesar da negativa da traficância, não pairam dúvidas

quanto à conduta criminosa, notadamente, porque os demais elementos de prova apontam pra a efetiva ocorrência do comércio ilegal de entorpecentes, não merecendo, portanto, descrédito a prova oral acusatória produzida em Juízo. Com efeito, a versão do acusado é destituída de elementos firmes de prova, revelando-se isolada e contraditória quanto ao conjunto fático-probatório. Ademais, a testemunha arrolada pela defesa pouco contribuiu para a elucidação dos fatos, notadamente, porque apenas viu o acusado após a prisão, nada tendo a acrescentar ou esclarecer a respeito da possível traficância. Lado outro, em que pese a irresignação recursal, não se pode exigir que os policiais militares, em meio a incontáveis diligências semelhantes, tenham relatos absolutamente idênticos. O passar do tempo é um relevante fator para influenciar a existência de pequenas dissonâncias. Em verdade, o depoimento judicial precisa ser harmônico e coeso, com a indicação dos principais elementos constitutivos do tipo penal, o que permitirá que o magistrado, norteado pelos princípios que regem o sistema da persuasão racional, promova o devido grau de valoração da prova. A respeito, nas palavras do Min. Celso de Mello “o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”. Na hipótese, inexistem elementos que apontem o interesse particular dos agentes na condenação do réu e a prova testemunhal se coaduna com os elementos materiais. Noutro rumo, os testemunhos colhidos no processo apontam, ainda, que não há que se falar em ação policial violadora do art. 5º, XI, da CRFB/88, inexistindo nulidade a ser reconhecida. Os elementos probatórios coligidos indicaram, como visto alhures, que os policiais militares, ao realizarem diligências, de maneira efetiva e oportuna, promoveram o ingresso na residência da apelante. Tal ingresso, diferentemente do quanto alegado pelo acusado, fora consubstanciado pela presença de fundadas suspeitas, haja vista a forma dos acontecimentos, que se deram após o recorrente desobedecer a ordem policial e fugir para o interior do imóvel de terceiros. Preso em flagrante delito, pois já trazia consigo substâncias entorpecentes, confessou a posse, em sua residência, de outras substâncias e elementos inerentes ao tráfico. É digno observar que a inviolabilidade de domicílio não constitui direito fundamental absoluto, de modo que o próprio texto constitucional aponta as hipóteses fáticas de sua relativização. In casu, como o crime de que trata o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se presente a situação de flagrância, razão pela qual a ação policial não demandava prévia obtenção de mandado judicial. Tais circunstâncias amparam o ingresso dos agentes de segurança pública na residência do acusado e subsome-se à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, vejamos: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz

exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (g.n). Portanto, entendo presentes as fundadas razões para o ingresso na residência do apelante, de sorte que inexistente fundamento jurídico para o reconhecimento da nulidade das provas obtidas, sendo legítima sua condenação. II. DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/2006. Noutro rumo, a pretendida desclassificação do crime previsto no art. 33, para o delito previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006 é pleito que não merece acolhimento por este Tribunal. A este respeito, impende registrar que o art. 28, da Lei 11.343/2006, consagra a figura do porte de drogas para consumo pessoal, constituindo uma das principais alterações promovidas pelo legislador acerca da política criminal relativa ao usuário de entorpecentes, haja vista a modificação implementada no preceito secundário do tipo, notadamente, coma exclusão da pena privativa de liberdade, in verbis: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...] Trata-se de crime de perigo abstrato ou presumido, pois dispensa a comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal. Além disso, o delito é punido exclusivamente a título doloso e depende da configuração do elemento subjetivo especial, qual seja, o consumo pessoal. Nessa esteira, Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4ª ed. Rev. Atual. Amp. – Salvador, Juspodvim, 2016, pag. 708)



aponta que: [...] é de todo relevante aferir se a droga era destinada ao consumo pessoal do agente ou se, do contrário, sua finalidade era fomentar o uso da substância entorpecente entre terceiros. Portanto, além do dolo, que pressupõe a consciência e vontade de, por exemplo, trazer consigo a droga, o tipo penal sob comento também faz referência a uma intenção especial do agente: “para consumo pessoal”. (g.n.) Diferentemente, o art. 33, da Lei 11.343/2006, que pune a traficância e dispõe sobre uma série de condutas típicas ligadas ao comércio e à movimentação das drogas, é delito congruente e esgota o seu tipo subjetivo no dolo, razão pela qual é desnecessário qualquer elemento subjetivo adicional, tal como o fim de traficar ou comercializar. Vejamos o que dispõe a Lei: 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. Tem-se, portanto, que apenas para a configuração do delito disposto no art. 28, a lei exige o elemento subjetivo especial, notadamente, o consumo pessoal. Para a devida distinção no caso concreto, faz-se mister percorrer o caminho traçado pelo próprio legislador, sobretudo, para salvaguardar o princípio penal da legalidade. Assim, para se distinguir adequadamente se a conduta do agente se subsume ao art. 33 ou ao art. 28 da Lei 11.343/2006, é necessária a observância pelo juiz: 1) da natureza da droga; 2) da quantidade de substância apreendida; 3) do local e das condições em que se desenvolveu a ação; 4) das circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. É o que dispõe o § 2º, do art. 28, vejamos: § 2º 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. [...]”. A respeito da natureza e quantidade da droga, em posse do acusado foram apreendidos: “54 (cinquenta e quatro) embalagens em plástico transparente contendo erva parecendo ser a droga conhecida por maconha; 37 (trinta e sete) frascos plásticos contendo líquido transparente, parecendo ser a substância conhecida por lança perfume; um relógio de pulso marca Mondaine, em metal cor pra-teada; um aparelho celular marca LG, cor prateada; um aparelho celular marca Nokia, cor branca, com ponta danificada; aparelho celular marca Motorola, cor dourada, com tela trincada e capa traseira, nas cores preta e rosa; uma balança de precisão marca Original, de cor branca; vários sacos plásticos pequenos; rádio de comunicação marca BAOFENG, cor preta; e a quantia em espécie de RS 443,90 (quatrocentos e quarenta e três reais e noventa centavos), apreendido em poder do adolescente WALTER JUNIOR DOS SANTOS DE QUEIROZ”. No total, restaram apreendidos 676,91g (seiscentos e setenta e seis gramas e noventa e uma centigramas) de maconha, distribuídas em porções. Com efeito, além das substâncias em condições típicas da mercancia, ficou nítido no depoimento das testemunhas policiais que o local onde se desenvolveu a ação, não raro, é destinado ao comércio ilícito de entorpecentes. Não se pode olvidar, ainda, que para a caracterização do crime previsto no art. 33, não se mostra imprescindível que o acusado se encontre na efetiva venda de substâncias ilícitas, posto que o tipo penal se consuma com a prática de qualquer uma das condutas estampadas no tipo. É firme também a jurisprudência do TJ/BA quanto à

impossibilidade de desclassificação do delito do art. 33 para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, quando as circunstâncias do caso concreto não guardem sintonia com o disposto no § 2º, do referido diploma normativo, vejamos: APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06)– RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – VALIDADE DOS DEPOSITOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENAÇÃO DE RIGOR – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Sentença que julga procedente a pretensão punitiva para condenar o Réu como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legal, concedendo o direito de recorrer em liberdade. II – Recurso da Defesa requerendo absolvição por falta de provas de que a droga pertencia ao Apelante, bem assim de que a substância apreendida fosse destinada ao tráfico. Em caráter subsidiário, requer a desclassificação da conduta para porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06). III – Materialidade e autoria comprovadas, de forma indubitosa, pelas provas coligidas, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de fls. 05/12, Auto de Exibição e Apreensão de fls. 13, Laudo Preliminar de fls. 40 e Laudo Definitivo de fls. 41, bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução (fls. 57, fls. 58 e fls. 59). IV – Pleito desclassificatório de inviável acolhimento, posto que as circunstâncias não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, a exemplo da quantidade da droga apreendida, como, também, a maneira com que embalada, distribuída em várias porções individuais, evidenciando que a substância entorpecente não se destinava a mero consumo pessoal. V – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. VI – Condenação de rigor. Penas-base fixadas no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidas, na segunda etapa, em face da inexistência de circunstâncias que implicassem modificação. Em seguida, considerando que o Réu atendia aos requisitos para concessão do benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, foi efetuada a redução das reprimendas na fração máxima de 2/3 (dois) terços, restando, portanto, definitivas, em desfavor de ERIVELTON DOS SANTOS DIAS, penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, assegurando-lhe, ainda, a substituição da sanção corporal na forma do art. 44 do CP. VII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do Apelo. VIII – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação nº 0501575-12.2016.8.05.0001, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, 1ª Câmara Criminal – 2ª Turma, Publicação em: 20/03/2019). Considerando a natureza, a quantidade, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, inexistem razões que amparem a desclassificação do tráfico de entorpecentes para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, de sorte que em nosso entender, agiu com acerto o juízo a quo. Portanto, entendo pela

suficiência da prova produzida, não havendo dúvida razoável para o afastamento da condenação por tráfico de entorpecentes. III. DA DOSIMETRIA DA PENA. Na dosimetria da pena, o apelante pugna pela fixação da pena base no mínimo legal, com a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, em seu patamar máximo (dois terços). Em análise da operação de apenamento efetuada pelo juízo a quo, verifica-se que a pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa. Para tanto, o d. Juízo asseverou que “considerável foi a quantidade de droga apreendida”. Com efeito, sabe-se que na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena base atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, todavia, por força do art. 42, da Lei 11.343/2006, o juiz deve considerar, com preponderância ao art. 59, do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Na esteira do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a análise da natureza e quantidade da droga deve ser, necessariamente, realizada na primeira fase do cálculo dosimétrico, em atenção ao que dispõe o art. 42, da Lei nº 11.343/06 (vide STJ – AgRg no HC: 605853 SP 2020/0205460-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 13/12/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2021). Diante disso, mostra-se congruente a fundamentação apresentada pelo d. magistrado, notadamente, pela considerável quantidade de entorpecente que o apelante guardava consigo 676,91g (seiscentos e setenta e seis gramas e noventa e uma centigramas) de maconha, distribuídas em porções, o que, indubitavelmente, é digno de maior reprovação. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/6 DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas justificam a exasperação da pena-base, a teor do preceito do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n. 593.818/SC, com repercussão geral reconhecida, decidiu que: “Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”. 3. Ainda que a lei não estabeleça percentual, esta Corte de Justiça tem jurisprudência consolidada de que é proporcional a fração de 1/6 de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 658.192/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021). (grifamos) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGAS. MULA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No que concerne à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. 2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42, da

Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Precedentes. 3. A ausência de limites preestabelecidos pelo Código Penal para a exasperação da pena-base em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas é fator que confere ao magistrado – observado seu livre convencimento motivado – certa margem de escolha da fração mais adequada às peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 para cada circunstância negativamente valorada, fração eleita em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior. 4. In casu, extrai-se do acórdão recorrido que a exasperação em patamar superior a 1/6 foi devida e suficientemente motivada, em razão da natureza e expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida – 51,5kg de cocaína (e-STJ fl. 381) –, circunstância que, inclusive, desborda em muito do ordinário do tipo penal, justificando o maior rigor penal atribuído e, portanto, o acréscimo de 3 anos e 4 meses à pena-base aplicado pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 381), que não se mostra desproporcional. [...] 8. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1834998 MS 2021/0040621-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 11/05/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2021). (grifamos) Em que pese equivocada a fração utilizada, uma vez não respeitados os critérios orientadores para a exasperação da pena-base (1/6 sobre a pena-base ou 1/8 sobre a diferença da pena mínima e máxima abstratamente cominadas), em atenção ao princípio da non reformatio in pejus, mantenho o quantum de elevação estabelecido pelo d. Juízo e, por consequência, a reprimenda inicial em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. (vide AgRg no REsp 1898916/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª TURMA, j. em 21/09/2021, DJe 27/09/2021 e vide STJ, 5ª Turma, HC 464.591, j. 07/02/2019). Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, o apelante pugna, em síntese, pela aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, com o consequente estabelecimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou regime inicial mais brando. Com efeito, sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do “traficante privilegiado”, também denominada de “traficância eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275). Assim, estabelece o texto legal: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.). Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto a necessidade de

preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, para que o réu faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese: “A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”. (g.n.) (Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015,DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015,DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015,DJE 11/09/2015). Em análise dos autos, o d. Juízo negou a aplicação da minorante com a seguinte fundamentação (ID 167612092, fls. 12): “[...] A vida pregressa do acusado não o recomenda, pois responde a outros três processos por tráfico de drogas, dois destes, neste Juízo, e em um deles com condenação e em grau de recurso. O terceiro, perante a 2ª Vara de Tóxicos, nesta capital, também, com condenação e em grau de recurso, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas [...]”. Noutro ponto, registre-se que os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que “inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado” (vide STJ – AgRg no HC: 660560 CE 2021/0115008–4, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2021). Com efeito, apesar de inidôneo o fundamento invocado, não se pode olvidar que, diante do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação, o juízo ad quem poderá modificar a fundamentação empregada na sentença, ainda que se tratando de recurso exclusivo da Defesa, sem que se configure reformatio in pejus, desde que a reprimenda não seja agravada. É o entendimento do STJ: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. QUALIFICADORAS SOBEJANTES. DESLOCAMENTO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM DA PENA DEFITIVA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVA DA. I – O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, “o efeito devolutivo da apelação permite ao julgador de substituir a fundamentação empregada pelo magistrado sentenciante e assim manter a quantidade de pena imposta, sem que isso configure violação ao princípio da ne reformatio in pejus (artigo 617 do CPP), desde que isso não implique em aumento da pena fixada pelo juízo sentenciante” [...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1918068/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 04/11/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. A jurisprudência desta Corte admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a reformatio in pejus. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) Nesse prisma, acerca da aplicação da minorante, segundo o Supremo Tribunal Federal, “a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades

criminosas". (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia). A prova de tal circunstância, todavia, é de extrema dificuldade, mormente porque, nas palavras do Ministro Luiz Fux, "os criminosos não circulam com uma carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas" (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux). Desse modo, cumpre ao magistrado, orientado pelo princípio da persuasão racional, individualizar a pena e, de maneira fundamentada, indicar os elementos fáticos que denotam que o acusado não se lançou pela primeira vez no mundo criminoso, mas que a sua conduta representa maior perigo à coletividade e, portanto, é digna de maior reprovação. Com efeito, além de o agente responder a outros processos por tráfico de entorpecentes (vide autos de nº 0545048-14.2017.8.05.0001), fora condenado definitivamente, pelo mesmo delito, na ação penal de nº 0569282-60.2017.8.05.0001 – já transitada em julgado, conforme certidão de fls. 281). Assim, os dados processuais apontam que o agente não é neófito no universo criminoso, mas que atua, reiteradamente, na mesma conduta – tráfico – e na mesma região da cidade – bairro de Sussuarana – o que pode ser evidenciado de forma cristalina pela sua condenação definitiva em outro processo no qual, inclusive, fez jus à minorante do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. Tais fatos, inquestionavelmente, impõem a negativa da benesse legal. Nesse sentido, é a jurisprudência dos Tribunais: Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Defesa do réu Danilo. Pleito absolutório diante da fragilidade probatória. Pedido de desclassificação da conduta para aquela prevista pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Pleitos subsidiários: a) aplicação da pena base em seu mínimo legal; b) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado; c) afastamento da pena de multa aplicada; d) concessão dos benefícios da justiça gratuita. Defesa do réu Davidson. Pleito absolutório por fragilidade probatória. Pleitos subsidiários: a) aplicação da pena base em seu mínimo legal; b) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado; c) fixação de regime prisional diverso do fechado. 1. Concessão da justiça gratuita ao réu Danilo. Presunção de veracidade das alegações de insuficiência de recursos financeiros. Artigo 99, parágrafo 3º, do CPC. 2. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria. Depoimentos dos policiais uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Réu Davidson que confessou a prática delitiva. 3. Dosimetria que merece reparos. 3.1 – Do réu Davidson – Quantidade e natureza da droga apreendida que permite a aplicação da pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/8. Afastamento da circunstância agravante prevista pelo artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal. Estado de emergência sanitária que não facilitou a execução da conduta delituosa Atenuante da confissão espontânea, ainda que parcial – redução em 1/6. Súmula n. 231 do STJ. Apreensão de 1382 pedras de crack. Circunstâncias que apontam para a convergência de indícios de envolvimento do acusado em organização criminosa e de dedicação a atividades ilícitas. Impossibilidade de configuração do tráfico privilegiado o qual pressupõe cenário de pequena e/ou eventual traficância. Precedentes. Manutenção do regime inicial fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Incabível. 3.2 – Do réu Danilo – Quantidade e natureza da droga apreendida. Maus antecedentes ostentados pelo acusado. Aplicação da pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/7. Agravante da reincidência – exasperação em 1/6. Apreensão de 1382 pedras

de crack. Circunstâncias que apontam para a convergência de indícios de envolvimento do acusado em organização criminosa e de dedicação a atividades ilícitas. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado e que justifica a imposição de regime prisional mais severo, afastando a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviável afastamento da pena de multa. 4. Recursos conhecidos e parcialmente providos. (TJ-SP – APR: 15005491820218260545 SP 1500549-18.2021.8.26.0545, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Data de Julgamento: 24/03/2022, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 24/03/2022) Apelação. Tráfico de drogas. Recurso da Defesa. Preliminar. Ilicitude probatória. Mérito. Absolvição. Pedido alternativo: a) reconhecimento do tráfico privilegiado; b) imposição de regime diverso do fechado; c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; d) isenção da pena de multa; e) gratuidade de justiça. 1. Ilicitude probatória não configurada. Depoimentos firmes dos policiais civis indicando as circunstâncias da prisão em flagrante do acusado e a autorização para ingresso domiciliar dada pelo próprio acusado e por sua companheira que também residia naquela propriedade. Diligência realizada na residência do acusado que culminou como o encontro das substâncias entorpecentes. Consentimento do morador previamente manifestado. Permissivo constitucional. Ausência de violação à garantia da inviolabilidade domiciliar. 2. Mérito. Materialidade demonstrada pela apreensão dos entorpecentes e pelo resultado do exame químico-toxicológico. A autoria certa. Depoimentos dos policiais civis confirmando a denúncia anônima e as circunstâncias da prisão em flagrante do acusado, bem como a autorização para o ingresso domiciliar. Versão inconsistente apresentada pelo réu. 3. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Impossibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. Indicativos evidentes de que o réu dedicava-se a atividades ilícitas. Acusado preso em flagrante guardando 65 tijolos contendo mais de 58 Kg de maconha, além de cocaína à granel e em porções individualizadas as quais seriam posteriormente distribuídas em outros pontos de venda. Encontro de diversos petrechos e R\$3.400,00 em dinheiro. Elementos probatórios que evidenciam a sua dedicação a atividades criminosas. 4. Regime fechado mantido. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Concessão da gratuidade de justiça. 5. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP – APR: 15006237720208260587 SP 1500623-77.2020.8.26.0587, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Data de Julgamento: 16/07/2021, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/07/2021) Portanto, ausentes causas de aumento e/ou diminuição, a pena definitiva deve ser estabelecida em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa. Inviável, portanto, a concessão de penas restritivas de direitos, ante o quantum aplicado, na forma do art. 44, do CP. Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento, formulado pela Defensoria Pública, é digno destacar que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos 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. IV. DA CONCLUSÃO Destarte, entendendo inexistente a nulidade processual suscitada, e voto pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do recurso, mantendo-se em todos os termos a sentença penal condenatória. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR