

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501747-33.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DANIELISON DIAS ANDRADE Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DADOS DE CELULAR APREENDIDO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS INDEPENDENTES. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRECEDENTES. MÉRITO: ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO COLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. ACERVO PROBATÓRIO APTO AO ÉDITO CONDENATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS QUE DENOTAM A MERCANCIA. CREDIBILIDADE E VALIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO – ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS QUE DENOTAM A MERCANCIA ILÍCITA. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Apelante condenado à pena de 05 anos de reclusão, regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, além do pagamento das custas processuais, por ter sido preso em flagrante no dia 17/10/2016, em ronda da polícia militar, “por volta das 11:00 horas, num imóvel da rua Natal, bairro Santiago, no distrito de Arraial D'Ajuda, Porto Seguro-BA”, casa já conhecida como ponto de venda de drogas”, tendo tentado empreender fuga ao avistar a guarnição, sendo capturado. Consta que, “ato contínuo, retornaram até a casa de onde o denunciado havia saído correndo, local no qual acharam na varanda três sacos plásticos, dois dos quais continham 118 buchas e 09 tablets de maconha, 12 papелotes de cocaína, 67 pedras de crack; havendo, no outro saco, a quantia em espécie de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais). Naquela oportunidade, o aparelho celular, de marca Samsung, apreendido com o denunciado foi verificado, quando se constatou a gravação de um áudio no qual um indivíduo informava a Daniélison que a polícia estava a caminho daquele local”. 2. Consoante a jurisprudência, “A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos como smartphones e tablets encontra guarida constitucional, importando a necessidade de prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação” (STJ – HC: 445088 SC 2018/0083009-3, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2019). 3. Ocorre que “A regra de exclusão (exclusionary rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável” (STJ – HC 338.756/PR, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 30/11/2016). 4. O artigo 157, § 1º, do CPP, preceitua que são ilícitas as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. O parágrafo segundo do referido artigo define a fonte independente como “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (Teoria da descoberta inevitável). 5. Na hipótese, da leitura da denúncia, bem como dos reatos policiais prestados em juízo, observa-se que o Apelante se encontrava em uma casa já conhecida como ponto de tráfico de drogas e, ao avistar os policiais, empreendeu fuga tendo sido capturado, sendo que, ato contínuo, a guarnição retornou à referida casa, local onde foram encontradas as drogas descritas na inicial

acusatória. Desse modo, independentemente dos dados obtidos com interceptação telefônica, os quais nem foram objeto de investigação, a apreensão dos entorpecentes decorreu de uma fonte independente de prova, não relacionada ao conteúdo extraído do aparelho celular apreendido. Trata-se de uma situação em que os milicianos perceberam a tentativa de fuga de local conhecido pelo tráfico de drogas e, com a captura do Recorrente, ao retornarem à casa se constatou que este mantinha em depósito substâncias entorpecentes, tendo sido preso em flagrante. 6. Ademais, a diligência policial decorreu de denúncia anônima no sentido da prática de tráfico de drogas no local dos fatos e, inclusive, na casa onde apreendido o entorpecente, já havia sido utilizada por um traficante anteriormente preso pela polícia de modo que se trata de ponto de drogas anteriormente utilizado para fins ilegais e conhecido pela polícia com antecedência. Portanto, a condenação restou lastreada em fonte independente e em provas autônomas. 7. Consoante pontuou a Procuradoria de Justiça, “independente do acesso dos policiais ao celular do apelante, após ser flagrado com significativa quantidade e variedade de drogas, a sua condenação foi sustentada na prova colhida judicialmente, sob o crivo do contraditório”. 8. As provas constantes dos autos são irrefutáveis quanto a prática da conduta criminosa em questão, culminando com a condenação. Consoante entendimento consagrado pela doutrina e jurisprudência, o depoimento de Policiais pode servir de referência ao Juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido com a observância do contraditório. 9. O delito de uso (art. 28, Lei de Drogas), além do dolo exige a comprovação da finalidade de consumo pessoal para sua caracterização. A condição de usuário, ainda que houvesse sido comprovada, não excluiria a responsabilidade pela conduta típica deflagrada, além das circunstâncias do fato denotarem claramente a prática de tráfico de drogas. 10. De fato, o Recorrente preenche os requisitos legais para a concessão do benefício do tráfico privilegiado, visto que é “primário e não se dedica à atividade criminosa nem integra organização criminosa, não havendo notícia de fatos que justifiquem eventual fixação de pena acima do mínimo legal”, nos termos previstos na Lei de Drogas. Assim, considerando que a pena basilar foi arbitrada no mínimo legal, diante da favorabilidade das circunstâncias judiciais, além do sopesamento relativo à quantidade, nocividade e variedade das drogas, em razão da obrigatoriedade de fixação proporcional, deve a redução ser operada na fração máxima de 2/3 (dois terços). 11. Recurso conhecido, preliminar rejeitada e, no mérito, parcialmente provido, para aplicar o benefício do tráfico privilegiado, restando a pena definitivamente fixada em 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, a ser cumprida em regime inicial aberto, substituída por pena restritiva de direitos a ser fixada no juízo da execução penal. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0501747-33.2016.8.05.0201 da Comarca de Porto Seguro – BA, na qual figura como Apelante Danielison Dias Andrade e Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER PARCIALMENTE o recurso interposto e, na extensão conhecida, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, pelas razões alinhadas no voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Maioria Salvador, 24 de Julho de 2023.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501747-33.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DANIELISON DIAS ANDRADE Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Danielison Dias Andrade contra sentença proferida nos autos da Ação Penal de nº 0501747-33.2016.8.05.0201, que condenou o réu, ora Apelante, pela prática do delito tipificado no art. 33 da lei 11.343/2006 à pena de 05 anos de reclusão, regime semiaberto, e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, além do pagamento das custas processuais, sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade. Nas razões de id. 42585214, a Defesa suscita a preliminar de nulidade das provas obtidas mediante o acesso ilegal ao aparelho celular de propriedade do Apelante, o que reputa constituir violação aos direitos fundamentais previstos nos no art. 5º, incisos XII e LVI, da Constituição Federal. Pontua, que “o único elemento de prova nos autos que liga o apelante a uma possível atividade ilícita é a quebra do sigilo de comunicação telefônica dos dados armazenados” no referido aparelho sendo que, além de implicar interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial e quebra ilegal de comunicação telefônica, “não faz prova da mercancia, apenas que o apelante avisou algum conhecido que, inclusive poderia ser um usuário de drogas assim como ele”, conforme depoimento das testemunhas de acusação” (policiais militares). Desse modo, “além de nula a prova, não retira a dúvida razoável sobre o fato”. No mérito, sustenta a tese absolutória sob alegação de “fragilidade probatória para caracterizar a mercancia ilegal das drogas”, visto que “carece de elementos probatórios contundentes a indicar o destino da substância, como: circunstâncias sociais e pessoais do agente, apreensão de relevante quantia em dinheiro ou arma, campanas, interceptações telefônicas, depoimentos consistentes das testemunhas, bem como investigações prévias e contundentes sobre a conduta do apelante”. Ressalta que o Apelante negou a autoria dos fatos, tendo apresentado “versão verossímil e coesa sobre os fatos ao confirmar que estava no local, entretanto, para comprar drogas, pois é usuário de maconha”, bem como a impossibilidade de a condenação restar lastreada unicamente “nas declarações dos policiais responsáveis pela apreensão da droga”, de sorte que a hipótese é de incidência de art. 28 da Lei de Drogas, cabendo a desclassificação para a figura típica do referido dispositivo. Alternativamente, sustenta a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/06, “uma vez que o apelante é primário e não se dedica à atividade criminosa nem integra organização criminosa, não havendo notícia de fatos que justifiquem eventual fixação de pena acima do mínimo legal”. Destaca que a pequena quantidade e o modo de acondicionamento do entorpecente, por si sós, além de não afastarem o privilégio, “já foram considerados no juízo de tipicidade para enquadrar o fato no delito de tráfico, conforme previsão expressa do art. 28, § 2º da Lei 11.343/06”, sob pena de bis in idem. Requer seja computado o tempo de prisão cautelar para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387, § 2º do CPP), uma vez que o Apelante foi preso em flagrante no dia 17/10/2016, “permanecendo privado de liberdade até pelo menos 13/04/2018”, devendo tal tempo ser descontado do período de prestação de serviço à comunidade, bem como ser substituída a pena privativa de liberdade de restritiva de direitos. A “respeito da violação havida às normas infraconstitucionais e constitucionais, tudo no escopo de, porventura

necessário, possam as matérias ser submetidas às Cortes Superiores. Assim, à luz das razões explicitadas, indica como dispositivos contrariados: art. 59 e art. 65, III, “d, todos do CP; art. 386, VII e art. 387, § 2º ambos do Código de Processo Penal; artigo 5º, incisos, XI, XLVI, LIV, LV, LVI, LVII e artigo 93, inciso IX da Constituição Federal”. O Ministério Público apresentou as contrarrazões (id. 42585221), refutando as alegações da Defesa e pugnando pelo “desprovemento do presente recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a condenação do recorrente, por seus próprios e jurídicos fundamentos”. Remetidos os autos a este Egrégio Tribunal, foram os mesmos distribuídos por livre sorteio cabendo-me a Relatoria. A Procuradoria de Justiça por meio do Parecer de id. 44506166, opina pelo “conhecimento e provimento parcial do Recurso de Apelação, a fim de se proceder a detração e readequar o regime de cumprimento de pena, mantendo-se os demais termos da sentença objurgada”. Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que resta submetido ao crivo da revisão. É o que importa relatar. Salvador/BA, 6 de julho de 2023. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501747-33.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DANIELISON DIAS ANDRADE Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso. Narra a Denúncia que: “No dia 17 de outubro de 2016, por volta das 11:00 horas, num imóvel da rua Natal, bairro Santiago, no distrito de Arraial D'Ajuda, Porto Seguro-BA, o ora denunciado tinha em depósito 118 buchas e 09 tabletes da droga maconha, 12 papelotes de cocaína e 67 pedras de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (v. laudo de constatação provisória de fl. 14). Consoante se apurou, naquela data, uma guarnição da polícia militar realizava ronda rotineira pelo bairro Santiago, quando, ao passar pela Rua Natal, notou que o denunciado, ao avistar a aproximação da viatura policial, saiu rapidamente de uma casa já conhecida como ponto de venda de drogas, empreendendo fuga dali. Diante daquela suspeita tentativa de evasão, os policiais saíram atrás do denunciado, fazendo um cerco pela rua de cima e conseguindo, assim, detê-lo, ocasião na qual encontraram em sua bermuda um aparelho celular e a quantia de R\$ 56,00. Ato contínuo, retornaram até a casa de onde o denunciado havia saído correndo, local no qual acharam na varanda três sacos plásticos, dois dos quais continham 118 buchas e 09 tabletes de maconha, 12 papelotes de cocaína, 67 pedras de crack; havendo, no outro saco, a quantia em espécie de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais). Naquela oportunidade, o aparelho celular, de marca Samsung, apreendido com o denunciado foi verificado, quando se constatou a gravação de um áudio no qual um indivíduo informava a Daniélison que a polícia estava a caminho daquele local. Em seguida, o flagranteado foi encaminhado para a delegacia juntamente com a droga e os outros objetos apreendidos, sendo sua prisão convertida em preventiva por ocasião da audiência de custódia”. DA NULIDADE POR INTERCEPTAÇÃO E QUEBRA ILEGAL DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA Consoante a jurisprudência, “A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos como smartphones e tablets encontra guarida constitucional, importando a necessidade de prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação” (STJ – HC: 445088 SC 2018/0083009-3, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2019). Assim, tendo em vista que “A regra de exclusão (exclusionary

rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável” (STJ – HC 338.756/PR, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 30/11/2016), faz-se necessária a análise do caso concreto para averiguação da alegada ilicitude das provas. Desse modo, importa inquirir se a interceptação de dados telefônicos revelou a conduta criminosa do réu com base em dados extraídos do celular apreendido em seu poder no momento da prisão em flagrante, vale dizer, se há nexo de causalidade entre tais dados, reputados como prova ilícita, e as provas que lastrearam a condenação. O artigo 157, § 1º, do CPP, preceitua que são ilícitas as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. O parágrafo segundo do referido artigo define a fonte independente como “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (Teoria da descoberta inevitável). Na hipótese, consta na denúncia que “uma guarnição da polícia militar realizava ronda rotineira”, quando “notou que o denunciado, ao avistar a aproximação da viatura policial, saiu rapidamente de uma casa já conhecida como ponto de venda de drogas, empreendendo fuga dali” e, “diante daquela suspeita tentativa de evasão, os policiais saíram atrás do denunciado, fazendo um cerco”, “consequindo, assim, detê-lo, ocasião na qual encontraram em sua bermuda um aparelho celular e a quantia de R\$ 56,00. Ato contínuo, retornaram até a casa de onde o denunciado havia saído correndo, local no qual acharam na varanda três sacos plásticos, dois dos quais continham 118 buchas e 09 tabletes de maconha, 12 papелotes de cocaína, 67 pedras de crack; havendo, no outro saco, a quantia em espécie de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais)”. (Grifos adicionados). Conforme a acusação, “Naquela oportunidade, o aparelho celular, de marca Samsung, apreendido com o denunciado foi verificado, quando se constatou a gravação de um áudio no qual um indivíduo informava a Daniélison que a polícia estava a caminho daquele local”. Nesse contexto, observa-se que o Apelante se encontrava em uma casa já conhecida como ponto de tráfico de drogas e, ao avistar os policiais, empreendeu fuga tendo sido capturado, sendo que, ato contínuo, a guarnição retornou à referida casa, local onde foram encontradas as drogas descritas na inicial acusatória. Desse modo, independentemente dos dados obtidos com interceptação telefônica, os quais nem foram objeto de investigação, a apreensão dos entorpecentes decorreu de uma fonte independente de prova, não relacionada ao conteúdo extraído do aparelho celular apreendido. Trata-se de uma situação em que os milicianos perceberam a tentativa de fuga de local conhecido pelo tráfico de drogas e, com a captura do Recorrente, ao retornarem à casa se constatou que este mantinha em depósito substâncias entorpecentes, tendo sido preso em flagrante. Ademais, consoante será mais bem explicitado na análise do pedido absolutório, a diligência policial decorreu de denúncia anônima no sentido da prática de tráfico de drogas no local dos fatos e, inclusive, na casa onde apreendido o entorpecente, já havia sido utilizada por um traficante anteriormente preso pela polícia de modo que se trata de ponto de drogas anteriormente utilizado para fins ilegais e conhecido pela polícia com antecedência. Consoante pontuou a Procuradoria de Justiça, “independente do acesso dos policiais ao celular do apelante, após ser

flagrado com significativa quantidade e variedade de drogas, a sua condenação foi sustentada na prova colhida judicialmente, sob o crivo do contraditório". Conforme adiante explicitado, a condenação restou lastreada em fonte independente e em provas autônomas. Nesse sentido: "PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO A DADOS CELULARES APREENDIDOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ILICITUDE DECORRENTE DO DIREITO A PRIVACIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS INDEPENDENTES. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. I – O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II – A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de considerar ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular – envio e/ou recebimento de mensagens de texto SMS, conversas por meio de programas ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas e/ou recebidas por meio de correio eletrônico, fotografias – por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial. Precedentes. III – De outro lado, destaque-se que, consoante a firme jurisprudência desta Corte Superior, "a ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 4/12/2017). IV – In casu, colhe-se do acórdão recorrido que "as informações constantes no aparelho telefônico dos acusados foram coletadas após as suas prisões, ou seja, já existiam elementos suficientes para capitulação das condutas criminosas que lhes foram imputadas, de modo que não se pode confundir referida situação com os casos em a flagrância somente é alcançada com adoção da citada medida" (fl. 3.452), o que evidencia a existência de provas independentes a embasar a condenação, tanto que a Corte de origem asseverou que "o próprio Tribunal da Cidadania têm flexibilizado a regra, nos casos em que a condenação se baseou em outros elementos de prova constantes nos autos, os quais também se mostram suficientes para demonstrar autoria e materialidade delitiva" (fl. 3.453). V – Adotar entendimento diverso ao estabelecido pelo Tribunal de origem requer a verticalização da prova, bem como ensejaria amplo reexame do acervo fático probatório, como forma de desconstituir as conclusões da instância precedente, soberana na análise dos fatos e provas, providência, como amplamente cediço, inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Agravo regimental desprovido". (STJ – AgRg no HC: 722827 SC 2022/0037207-4, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Julgamento: 19/04/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2022). Isto posto, rejeita-se a preliminar. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS As provas constantes dos autos são irrefutáveis quanto a prática da conduta criminosa em questão, culminando com a consequente condenação. A materialidade se encontra comprovada, conforme o Auto de Exibição e Apreensão (id. 42584657 – fl. 15) e Laudo Pericial Definitivo do entorpecente (id. 42585130 – fl. 01),

sendo constatado que as substâncias apreendidas em poder do Recorrente, se trata de Cannabis sativa (maconha), substância de uso proscrito no Brasil. No ponto, cumpre ressaltar que, a despeito de o Laudo Definitivo fazer referência apenas a maconha, o que por si já comprova a materialidade do delito de tráfico de drogas, consta no Laudo de Constatação de id. 42584657 (fl. 16), subscrito por dois peritos “ad hoc” a apreensão de maconha, cocaína e crack, as quais, conforme Auto de Apreensão de id. 42584657 (fl. 15) foi “apresentando para apreensão 118 (cento e dezoito) Buchas de material composto de ervas e com características e odores de MACONHA: 67 (sessenta e sete) unidades de material com características e odores de CRACK: 09 (nove) tablets prensados de substâncias com características de MACONHA 12 (doze) unidades de pinos com características de COCAÍNA” (Grifos aditados). Assim, considerando que “No julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo, de regra, é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Sem o referido exame, é forçosa a absolvição do acusado, admitindo-se, no entanto, em situações excepcionais, que a materialidade do crime de drogas seja atestada por laudo de constatação provisório” (STJ – HC n. 461.194/T0, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/9/2018, DJe de 1/10/2018), não há razão para desconsiderar os dados insertos no Laudo de Constatação Preliminar, o qual certifica a apreensão de 67 unidades de pedras e 12 pinos, com característica e odor, respectivamente, de crack e cocaína em forma de pó. A autoria delitiva resta devidamente evidenciada, sendo extraída da análise das circunstâncias dos fatos que fornecem os elementos de convicção para a prolação do édito condenatório, dentre estas, o local e condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias da prisão, a variedade e natureza das drogas, a forma como estavam acondicionadas, apreendidas no interior de uma casa conhecida pela mercancia de entorpecentes, além dos contundentes relatos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante. O CB/PM JEFERSON JOSÉ DE SOUZA, integrante da guarnição que efetuou a prisão, em juízo, relatou a dinâmica da diligência declarando ter recebido denúncia anônima no sentido da existência de tráfico de drogas no local dos fatos; que durante a ronda, fizeram um cerco e verificaram que o Apelante entrou na casa, correu e atravessou a rua, mas a outra guarnição “segurou” ele; “lá, começaram a fazer perguntas e verificaram que no celular que este portava, havia mensagem noticiando que “os homens estão indo para ai”; que a droga foi encontrada na casa entre o telhado e a viga; que ele negou a propriedade; que na casa só havia ele; que viu ele saindo da casa, estava na porta, deu um passo para trás na varanda e depois saiu; a casa era abandonada e antigamente pertencia a um traficante que foi preso pela polícia. O SD/PM PAULO RICARDO LIMA DE OLIVEIRA, em juízo ratificou as declarações prestadas na fase policial, afirmando em síntese, que participou da diligência em que o Recorrente foi preso; estava em ronda e após abordagem, verificou a existência de mensagem de áudio no celular do Apelante avisando-o que a polícia militar estava a caminho; que as drogas estavam escondidas na comunheira da casa; não havia mais ninguém da casa; só havia ele saindo da casa; ele não assumiu a propriedade da droga. O Apelante negou a autoria dos fatos perante o juízo, afirmando, em síntese, que estava indo comprar droga na rua; que trabalha vendendo milho e cocada na praia; que é usuário de maconha; nunca tinha sido preso; que já tinha comprado drogas na localidade; quando a polícia chegou, as pessoas de quem comprava as drogas

correram; quando estava indo comprar a droga, “a polícia vinha e “eu voltei”. Entretanto, a versão judicial apresentada não se mostra congruente e em consonância com as demais provas colacionadas aos autos. Por outro lado, os relatos policiais são harmônicos, congruentes e verossímeis, tendo sido detalhadamente narrada a dinâmica dos fatos, esclarecendo que o Recorrente foi preso em flagrante, mantendo em depósito as drogas descritas na denúncia. Consoante entendimento consagrado pela doutrina e jurisprudência, o depoimento de Policiais pode servir de referência ao Juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório, válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚM. N. 7/STJ. I – (...). II – Segundo entendimento reiterado desta Corte, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. (ut, HC 408.808/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/10/2017) III – Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ – AgRg no AREsp 1237143/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018). Vale destacar que a forma de acondicionamento e natureza das drogas apreendidas, maconha, crack e cocaína, tendo sido encontradas uma casa já conhecida como ponto de comercialização de entorpecentes, demonstram a finalidade de mercancia, caracterizando, portanto, o crime de tráfico de drogas. Assim, demonstrada pelo contexto probatório, extreme de dúvidas, a prática ilegal atribuída ao Apelante está evidenciada, impõe-se a manutenção da decisão guerreada, sendo inviável o acolhimento do pleito absolutório. DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO – ART. 28, LEI Nº 11.343/2006 Quanto ao pleito de desclassificação, necessário relembrar que o delito de uso (art. 28, Lei nº 11.343/2006), além do dolo como elemento do tipo subjetivo, exige a comprovação da finalidade de consumo pessoal para sua caracterização. Não basta a simples alegação de ser usuário para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao delito de tráfico de drogas. Ademais, a condição de usuário, ainda que houvesse sido comprovada, não excluiria a responsabilidade pela condutatípica deflagrada nestes autos, pois nada impede que o usuário ou viciado seja também traficante. Consigne-se que a variedade, a quantidade apreendida e demais circunstâncias da prisão evidenciam de forma incontestada que a droga era destinada ao tráfico e não ao uso como afirmado pelo apelante (TJBA – Apelação, Número do Processo: 0300462-60.2014.8.05.0103, Relator (a): Luiz Fernando Lima, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 18/08/2017); (TJBA – Classe: Apelação, Número do Processo: 0501750-56.2016.8.05.0146, Relator (a): Rita de Cassia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 16/08/2017). Nesse sentido, o artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, dispõe que: “Para determinar se a droga destinava-se ao consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e 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”. Confirma-se, a respeito do tema, a Jurisprudência: “Tráfico de drogas. Desclassificação para uso. Provas. Depoimento de policial. 1 – Para determinar se a droga destinava-se a

consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da droga 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 (art. 28, § 2º, L. 11.343/06). 2 – As condições do flagrante – denúncia anônima que apontavam o apelante como traficante, além da quantidade de droga encontrada na residência do apelante (476,60g de maconha) – são suficientes para demonstrar a prática do crime de tráfico de drogas. 3 – Os depoimentos de policiais, no desempenho da função pública, são dotados de eficácia probatória, idôneos a embasar uma sentença condenatória, principalmente quando em plena consonância com as demais provas existentes nos autos. 4 – Apelação não provida. (TJDF – Acórdão n.1125494, 20170110437322APR, Relator: JAIR SOARES, Revisor: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 20/09/2018, Publicado no DJE: 24/09/2018. Pág.: 94/102). Na hipótese, as circunstâncias dos fatos denotam o claro envolvimento do Recorrente com a mercancia de drogas, a qual resta confirmada pela prova testemunhal. Ademais, o tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 é de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que apresenta diversas maneiras de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações descritas, dentre elas a de '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. Nesse sentido, esclarece LUIZ FLÁVIO GOMES, em que o delito de tráfico de drogas, "consoma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico", portanto, "não exige 'dolo específico', ou seja, não é preciso que o sujeito seja flagrado, por exemplo, comprando, vendendo ou armazenando drogas para finalidade específica. Ao contrário, o tipo demanda apenas o dolo de realizar o núcleo do tipo". (Lei de Drogas Comentada, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 184). Sobre a questão: "(...) 1. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível se falar, por isso mesmo, em meros atos preparatórios. 2. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, que a substância entorpecente seja encontrada em poder do acusado ou que haja a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 3. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "adquirir" em relação aos acusados Wagner, Paulo e Roger e nas modalidades "oferecer", "fornecer", "preparar" e "remeter" em relação a Emerson. Vale dizer, antes mesmo da apreensão do entorpecente no estabelecimento prisional, o delito já havia se consumado em relação a Wagner, Paulo e Roger com o "adquirir" (no caso, 1,98 g de crack, 3,07 g de cocaína e 20,58 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. De igual forma, o delito também se consumou em relação a Emerson, pois, ainda que os entorpecentes não houvessem sido encontrados com ele, este acusado ficou responsável por intermediar a compra das drogas, "oferecendo-as "aos outros acusados, bem como por" prepará-las "nas embalagens de material de higiene a serem entregues no presídio. 4.

Recurso provido, nos termos do voto do relator". (STJ – REsp: 1384292 MG 2013/0168404–8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 10/03/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2020). Isto posto, forçoso reconhecer que a prática ilegal atribuída ao Apelante está evidenciada, extreme de dúvidas, sendo inviável o acolhimento dos pleitos de absolvição e desclassificação, devendo ser mantida a condenação pelo crime de tráfico de drogas. DA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/06 Na hipótese, de fato, o Recorrente preenche os requisitos legais para a concessão do benefício do tráfico privilegiado, visto que é "primário e não se dedica à atividade criminosa nem integra organização criminosa, não havendo notícia de fatos que justifiquem eventual fixação de pena acima do mínimo legal", nos termos previstos na Lei de Drogas. No entanto, embora a Defesa argumente acerca da pequena quantidade de drogas, não consta nos Laudos de Constatação e Definitivo a pesagem do entorpecente apreendido em poder do Recorrente. Assim, considerando que a pena basilar foi arbitrada no patamar mínimo legal diante da favorabilidade das circunstâncias judiciais, além do sopesamento relativo à quantidade, nocividade e variedade das drogas, em razão da obrigatoriedade de fixação proporcional, deve a redução ser operada na fração máxima de 2/3 (dois terços). Nesse contexto, considerando que a pena-base foi arbitrada em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, não verificada a presença de atenuantes, agravantes e causa de aumento de pena, aplicada a fração redutora referida em razão da incidência do tráfico privilegiado, resta a pena definitiva arbitrada em 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, a ser cumprida em regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser fixada no Juízo da Execução Penal. Firme em tais considerações, VOTO pelo conhecimento, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR e, no mérito, PROVIMENTO PARCIAL do recurso para aplicar o benefício do tráfico privilegiado, restando a pena definitivamente fixada em 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, a ser cumprida em regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser fixada no Juízo da Execução Penal. Salvador/BA, 28 de julho de 2023. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A10-AC DIVERGÊNCIA PARCIAL Nº 30 DE PAUTA. APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501747-33.2016.8.05.0201 Apelante: DANIELISON DIAS ANDRADE Pedidos: Nulidade em razão do acesso sem autorização ao celular; absolvição; desclassificação para o crime de uso de drogas; e, por fim, revisão da dosimetria com a aplicação do patamar máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Inicialmente, registro que estou divergindo do nobre Relator apenas em relação à aplicação do patamar máximo de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Fatos: Consta da exordial acusatória que, no dia 17 de outubro de 2016, por volta das 11:00 horas, num imóvel da rua Natal, bairro Santiago, no distrito de Arraial D'Ajuda, Porto Seguro-BA, o ora denunciado tinha em depósito 118 buchas e 09 tabletes da droga maconha, 12 papелotes de cocaína e 67 pedras de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (v. laudo de constatação provisória de fl. 14). Recebida a denúncia, após a regular instrução do feito, o réu foi condenado a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Irresignado, o réu interpôs o presente recurso. Pois bem. O tráfico

privilegiado não é um crime privilegiado, mas sim uma causa de diminuição que, presente no caso concreto, deverá ser aplicada na fração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), conforme previsão legal no art. 33, § 4º da Lei 33.436/06. De acordo com a doutrina, os requisitos estabelecidos no aludido artigo são cumulativos, de modo que o não preenchimento de um deles é suficiente para a não aplicação da causa de diminuição. Em outro giro, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento de que o tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual e, ainda, de que 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) – (REsp n. 1.887.511/SP, Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe 1º/7/2021) Noutras palavras, a tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ). Vejamos: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. APREENSÃO DE APETRECHOS RELACIONADOS À TRAFICÂNCIA. VETOR QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. UTILIZAÇÃO SUPLETIVA. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I – A Terceira Seção desta eg. Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são circunstâncias que permitem aferir o grau de envolvimento do (a) acusado (a) com a criminalidade organizada, ou de sua dedicação às atividades delituosas. Ademais, foi preservado o entendimento de que a quantidade de entorpecente pode ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal ou, alternativamente, ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, sob pena de bis in idem.(...) Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.987.730/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.) Diante disso, na hipótese vertente o réu foi preso em flagrante com 118 buchas e 09 tablets da droga maconha, 12 papелotes de cocaína, 67 pedras de crack, além da quantia de R\$ 426,00. Assim, embora a quantidade da droga apreendida não constitua requisito legal par avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena, pode ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, como é o caso dos autos. Diante disso, considerando a natureza e variedade da droga apreendida, em um local considerado pela polícia como ponto de droga, não se mostra razoável conceder ao réu a fração máxima prevista no tráfico privilegiado. No caso, embora a quantidade de droga apreendida não justifique a incidência da minorante do tráfico

privilegiado na sua fração máxima, é possível a sua modulação em 1/2 (um meio), conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em casos similares. AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO REFORMADO PARA SE FIXAR A FRAÇÃO DO REDUTOR EM 1/2 (METADE). MANUTENÇÃO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício. 2. Deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena, conforme entendimento consolidado no julgamento do HC n. 725.534/SP (Terceira Seção, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022, acórdão pendente de publicação.) 3. Na hipótese dos autos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida, não valorada na primeira fase dosimétrica pelo Tribunal a quo, justifica a modulação da minorante, que deve incidir na fração de 1/2 (metade). 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 733.917/SP, Sexta Turma, Rel.a Min.a Laurita Vaz, DJe 06/05/2022). HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. PRIMEIRO PACIENTE. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6 (UM SEXTO) EM RAZÃO DA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CABIMENTO. SEGUNDO PACIENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. (...) 5. Deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena. 6. Ante a consolidação jurisprudencial e, dentro do livre convencimento motivado, entende-se proporcional e suficiente a aplicação do redutor na fração de 1/6 (um sexto) em favor do primeiro Paciente, diante da expressiva quantidade de entorpecentes encontrada. (...) 8. Ordem de habeas corpus denegada."(HC 709.541/SC, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 25/04/2022). Por estas razões é que peço vênias ao nobre Relator por entender que neste caso, não é possível conceder o benefício do tráfico privilegiado em sua fração máxima. Desa. Aracy Lima Borges